John Henry Merryman
Rogelio Pérez-Perdomo

CORPUS IURIS CIVILIS

LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANO-CANÓNICA

BREVIARIOS

BREVIARIOS
del
FONDO DE CULTURA ECONÓMICA

218
2
Traducción
EDUARDO L. SUÁREZ
Traducción de nuevos textos
y revisión técnica para la tercera edición
JOSÉ MARÍA ÍMAZ
3
John Henry Merryman
Rogelio Pérez Perdomo
4

La tradición jurídica
romano-canónica
5

Primera edición en inglés, 1969
Segunda edición en inglés 1985
Tercera edición en inglés, 2007
Primera edición en español, 1971
Segunda edición, corregida, 1989
Tercera edición, 2014
Primera edición electrónica, 2015
Diseño de portada: Paola Álvarez Baldit
Título original: *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal*
Systems of Europe and Latin America
© 1969, 1985, 2007, The Board of Trustees of the Leland
Stanford Junior University, Stanford, Cal.

Esta traducción se publica por acuerdo con Stanford University Press,

www.sup.org.

D. R. © 2014, Fondo de Cultura Económica

Carretera Picacho-Ajusco, 227; 14738 México, D. F.

Empresa certificada ISO 9001:2008

Comentarios:

editorial@fondodeculturaeconomica.com

Tel. (55) 5227-4672

Licencia Creative Commons 4.0 Internacional
(Atribución-No comercial-Compartir igual)

ISBN 978-607-16-3040-7 (mobi)

Hecho en México - *Made in Mexico*

6

Para Nancy, Len, Sam y Bruce,
en conmemoración del 1º de abril de 1953
y otras grandes fechas
A Camila

7

ÍNDICE

Prefacio a la tercera edición
Prefacio a la segunda edición
Prefacio a la edición original
I. Dos tradiciones legales
II. Derecho civil romano, derecho canónico y derecho mercantil
III. La revolución
IV. Las fuentes del derecho
V. Los códigos y la codificación
VI. Los jueces

VII. La interpretación de los estatutos
VIII. Certeza y equidad
IX. Los académicos
X. La ciencia jurídica
XI. La parte general
XII. El proceso legal
XIII. La división de la jurisdicción
XIV. Las categorías legales
XV. Las profesiones legales
XVI. El procedimiento civil
XVII. El procedimiento penal
XVIII. Revisión constitucional
XIX. Las perspectivas
XX. El futuro de la tradición del derecho civil
Lecturas recomendadas

8

PREFACIO A LA TERCERA EDICIÓN

Muchas cosas han ocurrido en el mundo del derecho civil desde la segunda edición de este libro en 1985. Con el eclipse del Imperio soviético y del derecho socialista, la mayoría de las antiguas repúblicas soviéticas han regresado al derecho civil. Continúa una

"judicialización" y "constitucionalización" del derecho civil, al igual que cierta

"decodificación" y disminución en la importancia relativa de la legislación. Crecen el poder y el estatus de los jueces. Aumenta el número de organizaciones e instituciones mundiales y regionales que ejercen poderosas funciones legales. Tales cambios fundamentales en el ámbito del derecho civil superan, en mucho, a la evolución más tranquila de este derecho durante el mismo periodo.

El profesor Rogelio Pérez Perdomo, figura mundial dentro de la sociología del derecho y el derecho comparado, y visitante frecuente de Stanford, ha contribuido como coautor en esta tercera edición. Su trabajo ha hecho que el presente libro sea mejor.

J. H. M.

Stanford, 2006

9

PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Muchas cosas han ocurrido en la tradición del derecho civil desde la publicación de este libro en 1969. Conservando la organización y la mayor parte del texto original, he hecho varias adiciones, incluso un capítulo nuevo que describe una transformación fundamental que, según es cada vez más evidente, está ocurriendo en el mundo del derecho civil.

También, he aprovechado esta oportunidad para incluir las sugerencias de los reseñadores y otros lectores de la primera edición, y para sumar algunas obras recientes a las sugerencias de lecturas adicionales. Estoy particularmente en deuda con Louis Favoreu, Didier Linotte y Christian Mouly por sus comentarios sobre un borrador del capítulo XX, y más generalmente con los autores de la creciente literatura del derecho comparado, por sus ideas e intuiciones.

J. H. M.

Stanford, 1984

10

PREFACIO A LA EDICIÓN ORIGINAL

Este libro ha sido escrito para aficionados, no para profesionales. Se dirige al lector general que quiere saber cuáles son las relaciones existentes entre los sistemas legales de Europa occidental y América Latina, que los distinguen de los sistemas legales del mundo anglonorteamericano; a quienes, no siendo abogados, quieren saber algo acerca del aspecto legal de la cultura europea y latinoamericana; al estudiante que busca lecturas de apoyo para un curso de historia, política, sociología, filosofía, relaciones internacionales, estudios de área o derecho. Es posible que este libo tenga también alguna utilidad para los abogados que no hayan estudiado el derecho extranjero y comparado y que, por razones

prácticas o de otra naturaleza, deseen empezar a remediar esta deficiencia. Puede constituir una lectura básica para las personas que tengan negocios públicos o privados en Europa o América Latina (u otros países de derecho civil). En cambio, es probable que mis colegas en el campo del derecho extranjero y comparado

encuentren la obra demasiado elemental y general para suscitar su interés.

En el texto he tratado de aclarar que este libro no trata de describir ningún sistema legal nacional concreto, pero debo hacer aquí una aclaración específica acerca del problema peculiar que plantean Francia y Alemania. Estas dos naciones han hecho una gran aportación a la tradición del derecho civil y ambas ocupan una posición de liderazgo intelectual en el mundo del derecho civil. Al mismo tiempo, ninguna de ellas es un sistema "típico" de derecho civil. En efecto, en cierto sentido son las menos típicas de todas. La ideología revolucionaria francesa y el estilo francés de codificación tuvieron sólo un efecto limitado sobre el derecho alemán. La ciencia jurídica alemana nunca ha tenido una influencia verdadera en Francia. Pero en el resto del mundo del derecho civil se ha observado una fuerte tendencia a recibir y fundir ambas influencias. Esto se aplica en particular a la Europa mediterránea y a la América Latina, pero en cierta medida también a la mayor parte del resto del mundo del derecho civil. Un lector francés o alemán podrá encontrar en este libro muchas cosas que no son representativas de su sistema legal. La razón es que su sistema legal es atípico. El mundo del derecho civil incluye a gran número de sistemas legales nacionales en Europa, América Latina, Asia, África y el Medio Oriente. Este libro se ocupa de la tradición legal que comparten tales sistemas, no del derecho francés o alemán.

Debemos mencionar también la perspectiva. No trato de sugerir que todos los juristas

de las naciones de derecho civil acepten y crean en los aspectos de su tradición que al lector le parezcan excesivos o deficientes. Por el contrario, he tratado de indicar en todo 11

momento (y de subrayar de nuevo en el capítulo XIX, cuya lectura encarezco al lector) que estoy describiendo las actitudes "prevalecientes". Existe la masa de los abogados, y por otro lado el jurista refinado, crítico, en el horizonte creciente del pensamiento legal.

Los juristas refinados constituyen siempre el grupo más pequeño y menos representativo, pero incluso en la nación más atrasada podemos encontrar algunos abogados que dicen hones-

tamente: “Eso no me parece justo”. En una nación de derecho civil más avanzada,

como Francia o Alemania, será mayor la proporción de los abogados ilustrados y liberados, y la medida en que el propio orden legal se ha liberado de los defectos de la tradición. Este es otro indicativo de la atipicidad de Francia y Alemania. Pero este libro se ocupa de lo que cree la masa de abogados del mundo del derecho civil, aunque la vanguardia del pensamiento legal le diga que está errada.

El decano Bayless A. Manning, de la Escuela de Derecho de Stanford, me persuadió

de que se necesitaba este libro y me alentó a escribirlo. Tres prominentes especialistas en derecho comparado —los profesores Mauro Cappelletti, de la Universidad de Florencia;

F. H. Lawson, de la Universidad de Oxford, y Konrad Zweigert, del Instituto Max Planck de Hamburgo— leyeron amablemente el manuscrito y sugirieron varios cambios que lo mejoraron. Uno de mis colegas de Stanford, el doctor George Torzsay-Biber, me ayudó

particularmente en varias cuestiones referentes al derecho civil romano. Varias generaciones de académicos imaginativos e industriosos han producido una rica literatura sobre el derecho extranjero y comparado; de allí ha salido la mayoría de las ideas contenidas en este libro. El doctor Hein Kötz, investigador asociado del Instituto Max Planck de Hamburgo, y Gernot Reiners, profesor asistente de la Escuela de Derecho de

Stanford, 1967-1968, me ayudaron en diversas formas y, en particular, me dieron una información autorizada sobre el derecho alemán. La señora Lois St. John Rigg preparó el manuscrito para su publicación con habilidad, paciencia y buen humor. Mi

agradecimiento para todas estas personas.

J. H. M.

Stanford, 1969

12

I. DOS TRADICIONES LEGALES

EN EL MUNDO contemporáneo hay dos tradiciones legales muy influyentes: el derecho civil y el derecho común. Este libro

se ocupa de la más antigua, difundida e influyente de tales tradiciones: la del derecho civil.

Observará el lector que se usa el término de "tradición legal", no el de "sistema legal". Se quiere distinguir así entre dos ideas muy diferentes. Un sistema legal, tal como se usa aquí ese término, es un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas legales. En este sentido, hay un sistema federal y cincuenta sistemas estatales legales en los Estados Unidos, sistemas legales separados en cada una de las otras naciones, y aun otros sistemas legales distintos en organizaciones tales como la Comunidad Económica Europea y las Naciones Unidas. En un mundo organizado en Estados soberanos y en organizaciones de Estados, hay tantos sistemas legales como Estados y organizaciones.

Los sistemas legales nacionales se clasifican con frecuencia en grupos o familias. Por ejemplo, los sistemas legales de Inglaterra, Nueva Zelanda, California y Nueva York se llaman sistemas de "derecho común" y hay buenas razones para agruparlos en esta forma. Pero no debe sugerirse que tengan instituciones, procesos y reglas legales idénticos. Por el contrario, hay gran diversidad entre ellos, no sólo en sus reglas de derecho sustantivo, sino también en sus instituciones y procedimientos.

De igual modo, Francia, Alemania, Italia y Suiza tienen sus propios sistemas legales, como los tienen Argentina, Brasil y Chile. Es cierto que frecuentemente se les llama naciones de "derecho civil", y en este libro trataremos de explicar por qué se justifica su agrupamiento en esa forma. Pero es importante reconocer que hay grandes diferencias entre los sistemas legales que operan en dichos países, los cuales tienen reglas, procedimientos e instituciones legales muy diferentes.

En las ediciones anteriores de este libro, se describió de manera concisa una tercera tradición jurídica importante. Durante gran parte del siglo XX, la ley socialista reinó en el Imperio soviético, China y otras naciones que abrazaron el socialismo de Estado. En esa época, incluso en la lengua oficial de los diplomáticos, se hizo una clara distinción entre el primer mundo (capitalista), el segundo (socialista) y el tercero (países en vías de desarrollo). El derecho socialista adoptó las premisas políticas y económicas, así como los objetivos del socialismo de Estado, lo que implicaba una visión muy diferente del Estado mismo, la ley y la

sociedad. De hecho, durante el apogeo del socialismo de Estado soviético hubo un esfuerzo organizado para construir una tradición legal socialista 13

independiente y válida. Sin embargo, la mayoría de las naciones socialistas habían participado anteriormente en la tradición del derecho civil, a la cual regresaron cuando la superestructura del derecho socialista se colapsó.

Tales diferencias entre los sistemas legales reflejan el hecho de que, durante varios siglos, el mundo ha sido dividido en Estados individuales, bajo condiciones intelectuales que han subrayado la importancia de la soberanía estatal y alentado un énfasis nacionalista en las características y tradiciones nacionales. En este sentido, no existe nada que pueda llamarse *el* sistema del derecho civil o *el* sistema del derecho común. Existen muchos sistemas legales diferentes dentro de cada uno de estos tres grupos o familias de sistemas legales. Pero el hecho de que se agrupen diferentes sistemas legales bajo un rubro tal como el del "derecho civil", por ejemplo, indica que tienen algo en común, algo que los distingue de los sistemas legales clasificados como de "derecho común". Es esta comunión peculiar lo que se llama aquí la tradición legal y la que nos permite hablar de los sistemas legales de Francia y Alemania (y muchos otros) como sistemas de derecho civil.

Como lo implica el término, una tradición legal no es un conjunto de reglas de derecho acerca de los contratos, las sociedades anónimas y los delitos, aunque tales reglas serán casi siempre, en cierto sentido, un reflejo de esa tradición. Es más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigado, históricamente condicionado, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. La traición legal relaciona el sistema legal con la cultura de la que es una expresión parcial. Ubica al sistema legal dentro de la perspectiva cultural.

Dentro de la gran diversidad de las tradiciones legales existentes, las dos mencionadas antes tienen un interés particular porque están en vigor en naciones poderosas, tecnológicamente avanzadas, y porque han sido exportadas, con mayor o menor efecto, a otras partes del mundo. De las dos, la tradición del dere-

cho civil es la más antigua y difundida. La fecha tradicional de su origen es el año 450 a. C., supuesta fecha de publicación de las XII Tablas en Roma. Es ahora la tradición legal dominante en la mayor parte de Europa occidental, toda América Latina, muchas partes de Asia y África, e incluso algunos enclaves dentro del mundo del derecho común (Luisiana, Quebec y Puerto Rico). El derecho civil fue la tradición legal familiar para los políticos-académicos de Europa creadores del derecho internacional. Las cartas básicas y el continuo desarrollo legal y operación legal de la Comunidad Europea son obra de personas instruidas en la tradición del derecho civil. Resulta difícil exagerar la influencia de la tradición del derecho civil sobre el derecho de naciones específicas, el derecho de las organizaciones internacionales y el derecho internacional.

En el mundo del derecho común no estamos acostumbrados a pensar en estos

términos. Por lo tanto, conviene repetir que la tradición del derecho civil es más antigua, más difundida y más influyente que la tradición del derecho común. En estos sentidos, por lo menos, es más importante. Debe añadirse que muchas personas creen que el 14

derecho civil es culturalmente superior al derecho común, en su opinión, relativamente rudimentario y mal organizado. La cuestión de la superioridad carece realmente de importancia. Los juristas refinados del derecho comparado de ambas tradiciones abandonaron hace mucho tiempo las discusiones sobre la superioridad o inferioridad relativas. Pero resulta interesante el hecho de que muchas personas piensen que su sistema legal es superior al nuestro. Esa actitud ha pasado a formar parte de la tradición del derecho civil.

Así, un abogado de un país relativamente subdesarrollado de Centroamérica puede estar convencido de que su sistema legal es claramente superior al de los Estados Unidos o Canadá. A menos que sea un estudioso muy enterado del derecho comparado. Podrá inclinarse a desdeñar a un abogado de derecho común. Reconocerá nuestro desarrollo económico mayor, y quizá envidiará nuestro nivel de vida. Pero se consolará pensando que nuestro sistema legal está subdesarrollado, y que los abogados del derecho común son personas relativamente incultas. Si no tomamos

en cuenta esta actitud de algunos abogados civiles hacia los abogados comunes, es posible que incurramos en

malentendidos y en dificultades de comunicación. Uno de los propósitos de este libro es el de ayudar a entender el origen de esta actitud y, de paso, demostrar que en ciertos sentidos está justificada.

La fecha que suele usarse para marcar el inicio de la tradición del derecho común es

el año de 1066 d. C., cuando los normandos derrotaron a los nativos defensores en Hastings y conquistaron Inglaterra. Si aceptamos esa fecha, concluiremos que la tradición del derecho común tiene un poco más de 900 años. Conviene recordar que, cuando se publicó en Constantinopla el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano (que examinaremos más adelante), en el año 533 d. C., la tradición del derecho civil, de la que forma parte importante, era ya tan antigua como lo es el derecho común en la actualidad. Sin embargo, a resultas de la notable expansión y desarrollo del Imperio británico durante la época del colonialismo, el derecho común tuvo una amplia difusión. Es ahora la tradición legal vigente en Gran Bretaña, Irlanda, los Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, y ha ejercido gran influencia sobre el derecho de muchas naciones de Asia y África.

Aunque Japón y China no fueron colonizados por país europeo alguno, a finales del siglo XIX o principios del XX, importaron códigos y otros instrumentos de la tradición del derecho civil. Es por eso que muchos juristas de Japón, Corea y China se consideran a sí mismos como parte del mundo del derecho civil. No obstante, los abogados estudiosos del derecho comparativo reconocen una tradición distinta en el este de Asia, cuyas culturas hacen hincapié en la armonía social y el respeto por las jerarquías sociales.

Algunos observadores relacionan estas características con el pensamiento confuciano y sugieren la existencia de una tradición jurídica confuciana. Ciertamente, el derecho y la cultura legal de Japón no son sustancialmente similares a los de Alemania, aun cuando el código civil sea prácticamente el mismo y los libros alemanes sobre derecho tengan cierta audiencia japonesa. El derecho común estadunidense tiene una fuerte influencia en Ja-

pón y Corea, pero nadie sugeriría que estas naciones pertenecen al derecho común.

15

El mundo islámico ha vivido diversas influencias legales significativas. A principios del siglo XX, Turquía importó el código civil suizo como parte de su proceso de modernización. Líbano y Argelia, colonizados por los franceses, recibieron el derecho francés, pero luego se independizaron y siguieron sus propios caminos. Otras naciones, como Yemen y Arabia Saudita, se vieron menos influidas por el derecho occidental. En muchos países con grandes poblaciones islámicas, su religión ha tenido un renacimiento vigoroso y ha propiciado un nuevo acento en la tradición jurídica islámica. Sin embargo, gran parte del derecho secular de esas naciones tiene sus orígenes en las tradiciones de los derechos civil y común.

El derecho civil y el derecho común no han estado aislados uno del otro; como componentes de una historia y cultura comunes en Occidente, han tenido múltiples contactos e influencias recíprocas. La constitución de los Estados Unidos podría explicarse en parte por la influencia de la Ilustración europea. Más tarde, el constitucionalismo estadunidense tuvo una enorme influencia en América Latina y Europa. La revisión jurídica, por ejemplo, está ahora firmemente arraigada en ambas tradiciones. El condominio, una invención de la ley civil, ha sido acogido con entusiasmo en los Estados Unidos, mientras que muchos sistemas de derecho civil han incorporado el fideicomiso del derecho común.

El hecho de que estas dos tradiciones legales tengan un origen europeo debe hacernos

meditar. Por supuesto, hay muchas otras tradiciones legales en el mundo de hoy y se están formando otras nuevas. El dominio de las dos tradiciones que hemos mencionado es el resultado directo del imperialismo europeo en los siglos anteriores, así como la dominación del derecho romano en una época anterior fue un producto del imperialismo

romano.

Los historiadores están acostumbrados a ver la coexistencia del cambio y la permanencia en los asuntos humanos. Aunque

no pretendemos escribir aquí la historia del derecho, nuestro análisis sobre la tradición del derecho civil la considera necesariamente como algo que perdura, aun cuando ciertos elementos de los sistemas jurídicos que comparten esta tradición suban, bajen y evolucionen. La tradición del derecho civil que vamos a describir no sería reconocible para los abogados franceses o españoles del siglo XVIII, al igual que los abogados de Wall Street son muy diferentes de los *servientes ad legem* de la época isabelina. El cambio y la permanencia en las tradiciones son algunos de los temas que se discuten en este libro.

16

II. DERECHO CIVIL ROMANO, DERECHO CANÓNICO Y DERECHO MERCANTIL

HEMOS venido refiriéndonos a la tradición del derecho civil como si fuese homogénea.

Ahora debemos afrontar el hecho de que tal tradición no es realmente tan simple. La tradición del derecho civil es una combinación de varias subtradiciones distintas, con orígenes separados y desarrollos en diferentes periodos de la historia. En este y los siguientes capítulos describiremos estas subtradiciones bajo los rubros siguientes: derecho civil romano, derecho canónico, derecho mercantil, la revolución y la ciencia jurídica. Un breve análisis de cada uno de estos rubros constituye un resumen del desarrollo histórico de la tradición del derecho civil, que indica algo de su complejidad.

La más antigua de las subtradiciones deriva directamente del derecho romano compilado y codificado bajo Justiniano en el siglo VI. Incluye el derecho de las personas, la familia, la herencia, la propiedad, los delitos, el enriquecimiento injustificado y los contratos y los recursos que protegen judicialmente los intereses de estas categorías.

Aunque las reglas efectivamente vigentes han cambiado desde 533, a menudo en forma drástica, los tres primeros libros de las *Institutas* de Justiniano *(De personas, De cosas, De obligaciones)* y los principales códigos civiles del siglo XIX se ocupan sustancialmente de los mismos conjuntos de problemas y relaciones, y el área sustantiva que abarcan es lo que un abogado civilista llama el "derecho civil". La creencia de que este grupo de temas es un

cuerpo coherente de derecho que constituye el contenido fundamental del sistema legal está profundamente arraigada en Europa y las otras partes del mundo que han recibido la tradición del derecho civil, y es una de las principales marcas distintivas de lo que los abogados comunes llaman el sistema del derecho civil. La expansión de la actividad gubernamental y la importancia creciente del derecho público no han alterado profundamente esta perspectiva. El "derecho civil" es todavía el derecho fundamental para la mayoría de los abogados civiles. De aquí surge un problema de terminología. Los abogados bajo el derecho común usan el término "derecho civil" para referirse a todo el sistema legal de las naciones que siguen la tradición del derecho civil. Pero la terminología legal de los abogados de tal jurisdicción usa el "derecho civil" para referirse a la porción del sistema legal que acabamos de describir. En este libro resolveremos el problema usando el término de "derecho civil romano" para referirnos a esta parte del derecho.

Justiniano, emperador romano que residía en Constantinopla, tuvo dos motivaciones

17

principales cuando ordenó la preparación, bajo la dirección del jurista Triboniano, de lo que se llama ahora el *Corpus Juris Civilis*. Primero, era reaccionario: consideraba decadente el derecho romano contemporáneo; trataba de rescatar el sistema legal romano de varios siglos de deterioro y devolverle su pureza y su grandeza de otros tiempos.

Segundo, era un codificador: la masa de materiales autorizados y semiautorizados se había vuelto tan grande, e incluía tantos refinamientos y puntos de vista diferentes, que Justiniano estimó conveniente eliminar lo que estuviera errado o fuera oscuro o repetitivo; resolver conflictos y dudas, y organizar lo que conviniera conservar en alguna forma sistemática. En particular le preocupaba a Justiniano el número, la extensión y la diversidad de los comentarios y tratados escritos por académicos legales (jurisconsultos).

Trató de abolir la autoridad de quienes no fuesen los más grandes jurisconsultos del periodo clásico y hacer innecesaria la redacción de más comentarios o tratados.

Tras la publicación del *Corpus Juris Civilis*, Justiniano prohibió toda nueva referencia a las obras de los jurisconsultos. Las obras que aprobó fueron incluidas en el *Corpus Juris Civilis*, y en adelante debería hacerse referencia a ese ordenamiento, no a las autoridades originales. También prohibió la elaboración de comentarios sobre la compilación misma. En otras palabras, trató de abolir todo el derecho anterior, excepto el incluido en el *Corpus Juris Civilis*, y decidió que lo que se encontraba en su compilación sería adecuado para la solución de los problemas legales sin el auxilio de nuevas interpretaciones o comentarios de los juristas. Quemando algunos de los manuscritos reunidos por Triboniano, pudo hacer más efectiva la prohibición de que se citaran las autoridades originales. La prohibición de citas de obras no incluidas en el *Corpus Juris Civilis* destruyó efectivamente una cantidad de material mayor aún, ya que disminuyó naturalmente el interés por la preservación y la copia de las obras de los jurisconsultos que las habían producido. (Explicablemente, estas dos influencias han complicado la labor de quienes se interesan por el estudio del derecho romano anterior a Justiniano.) En cambio, fue menos eficaz su disposición de que no se hiciesen comentarios sobre la compilación, ya que se desobedeció durante su propia vida.

El *Corpus Juris Civilis* de Justiniano no se limitaba al derecho civil romano. Incluía muchas cosas referentes al poder del emperador, a la organización del imperio y a una diversidad de otras materias que los abogados de hoy clasificarían como derecho público.

Pero la parte de la compilación de Justiniano que se ocupa del derecho civil romano es la parte que ha sido objeto del estudio más intenso y se ha convertido en la base de los sistemas legales del mundo del derecho civil. Otras partes de la compilación de Justiniano han sido estudiadas y usadas con menor cuidado porque han parecido menos aplicables a los problemas de otros pueblos y gobiernos en distintos lugares y épocas. En todo caso, la parte del *Corpus Juris Civilis* dedicada al derecho civil romano es con mucho la mayor.

El *Corpus Juris Civilis* cayó en desuso con la caída del Imperio romano en Occidente, el derecho romano perdió dinamismo. Los invasores aplicaron versiones del derecho civil romano más rudi-

mentarias, menos refinadas, a los pueblos de la península italiana. Los invasores también trajeron consigo sus propias costumbres legales 18

germánicas, las que se aplicaban a ellos mismos pero no a los pueblos conquistados, siguiendo la regla de que el derecho de la nacionalidad de una persona la seguía a dondequiera que fuese. Sin embargo, en algunas partes de Italia, el sur de Francia y la península ibérica, empezó a realizarse una fusión de ciertas leyes tribales germánicas con las instituciones legales romanas autóctonas. Esto produjo, a lo largo de siglos, lo que llaman todavía los europeos el derecho romano "vulgarizado" o "barbarizado", algo que ahora interesa principalmente a los historiadores del derecho. El proyecto de Justiniano no sólo fue un renacimiento del derecho romano, sino el resurgimiento del imperio. Él era el emperador de la parte oriental, o Bizancio. Su ambicioso intento de recuperar la península italiana se quedó corto y lo que hoy es Europa occidental se mantuvo en manos de los invasores germánicos, excepto en España, donde los árabes sucedieron a los visigodos.

Al recuperar los europeos el control del Mar Mediterráneo, y al iniciarse ese periodo extraordinario de febril resurgimiento intelectual y artístico llamado Renacimiento, reapareció un interés intelectual y académico por el derecho. Se acepta generalmente que lo que los civilistas suelen llamar "el resurgimiento del derecho romano" se inició en Bolonia, Italia, a fines del siglo XI. Sin embargo, en el siglo IX, en el Imperio Romano de Oriente hubo un resurgimiento anterior del interés por el *Corpus Juris Civilis*, que condujo a la publicación (en griego) de una compilación llamada la *Basílica*. La *Basílica* ejerció una influencia general mucho menor que la del resurgimiento italiano posterior, pero siguió siendo en Grecia una fuente importante del derecho civil, hasta la adopción del primer código civil griego después de la segunda Guerra Mundial.

Fue en Bolonia donde apareció la primera universidad europea moderna, donde el derecho era uno de los temas de estudio más importantes. Pero el derecho que se estudiaba no era el derecho romano barbarizado que había estado vigente bajo los invasores germánicos. Tampoco era el cuerpo de reglas promulgadas o

consuetudinariamente seguidas por los pueblos locales, los gremios mercantiles o las pequeñas soberanías. El derecho estudiado era el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano.

Había varias razones para esta atención al *Corpus Juris Civilis* y la omisión de otros cuerpos de derecho existentes. Primero, existía la concepción del conocimiento propia de la Europa medieval que sostenía "somos enanos sobre hombros de gigantes". La sabiduría antigua de los gigantes se encontraba contenida en grandes libros: la Biblia, las obras de los Padres de la Iglesia, las obras de Aristóteles. El gran libro de la ley era el *Corpus Juris Civilis* y, especialmente, el *Digesto*. Su contenido era el derecho romano, la ley del Imperio y de la Iglesia (porque la Iglesia vivió bajo la ley romana); por lo tanto, tenía detrás de sí la autoridad del papa y del emperador temporal. Esto lo volvía muy superior, en fuerza y alcance, a la legislación de un príncipe local, las regulaciones de un gremio o la costumbre local. Segundo, los juristas reconocían la alta calidad intelectual del *Corpus Juris Civilis*. Veían que esta obra, llamada por ellos la "razón escrita", era superior a las compilaciones barbarizadas que se habían puesto en vigor bajo la invasión germánica. El *Corpus Juris Civilis* no tenía sólo la autoridad del papa y el emperador, sino también la autoridad de una civilización y una inteligencia obviamente superiores.

19

En poco tiempo, Bolonia y las demás universidades del norte de Italia se convirtieron en el centro del derecho del mundo occidental. De toda Europa acudían los hombres a estudiar el derecho que se enseñaba en las universidades italianas: lo que estudiaban era el *Corpus Juris Civilis* y el idioma común era el latín. Varias escuelas de pensamiento se impusieron sucesivamente en cuanto al procedimiento apropiado para el estudio y la explicación del *Corpus Juris Civilis*. Especialmente prominentes, por sus concepciones del derecho y sus estilos de enseñanza, fueron los grupos de académicos conocidos como los Glosadores y los Comentaristas, quienes produjeron una literatura inmensa, que por sí misma se convirtió en objeto de estudio y discusión, y llegaron a tener gran autoridad.

Quienes habían estudiado en Bolonia regresaron a sus países y establecieron universidades donde también enseñaban y estudiaban el derecho del *Corpus Juris Civilis* de acuerdo con el estilo de

los Glosadores y los Comentaristas. En esta forma, el derecho civil romano y las obras de Glosadores y Comentaristas se convirtieron en la base de un derecho común de Europa, el que ahora llaman el *jus commune* los historiadores del derecho. Había un cuerpo común de derecho y de escritos acerca del derecho, un lenguaje legal común y un método común de enseñanza e investigación.

Con el tiempo, en Francia, los estudiosos del derecho que llegaron a ser llamados humanistas criticaron el *Digesto* como un libro desorganizado y oscuramente casuístico; hicieron hincapié en el humanismo y el racionalismo; asimismo, centraron su atención en las *Institutas* de Justiniano, una obra más corta y sistemática originalmente concebida como un libro de texto sobre el derecho.

El surgimiento de los Estados-nación y el creciente poder de los reyes proporcionaron una oportunidad significativa a los juristas con formación universitaria. Ellos fueron los intelectuales que constituyeron las burocracias reales, las cuales eran los instrumentos del poder de los reyes. Para estos funcionarios, el verdadero derecho residía en los textos antiguos que habían estudiado en las universidades. No consideraron las legislaciones reales como partes constitutivas del derecho, sino que más bien las trataron como especies de interpretación. Así, irónicamente, el derecho romano y el *jus commune* crecieron y prosperaron durante el surgimiento del Estado-nación.

En algunas partes de Europa (por ejemplo en Alemania), el derecho civil romano y las obras de los académicos boloñeses se "recibieron" formalmente como el derecho obligatorio. (Los civilistas usan el término "recepción" para resumir el proceso por el que los estados nacionales del mundo del derecho civil incluyeron el *jus commune* en sus sistemas legales nacionales.) En otras partes de Europa fue menos formal la recepción; el *Corpus Juris Civilis* y las obras de los Glosadores y los Comentaristas se recibieron como autorizadas por ser un atractivo sistema intelectualmente superior. Pero por un medio u otro, el derecho civil romano fue recibido en una gran parte de Europa occidental, en las naciones que albergan ahora la tradición del derecho civil.

En el siglo XIX, los principales Estados de Europa occidental adoptaron códigos civiles (y otros códigos), cuyo arquetipo es el

Código Napoleónico de 1804. El contenido de estos códigos civiles era casi idéntico al contenido de los tres primeros libros de las *Institutas* de Justiniano y el componente de derecho civil romano del *jus commune* de la 20

Europa medieval. Los conceptos principales tenían la naturaleza del derecho romano, o del derecho romano racionalizado, y la organización y la estructura conceptual eran similares. Algunos códigos civiles europeos o latinoamericanos de la actualidad revelan claramente la influencia del derecho romano, así como su resurgimiento medieval y moderno. El derecho civil romano resume la parte más antigua, más continua y ampliamente estudiada y (en opinión de los civilistas) la más básica de la tradición del derecho civil.

A menudo se afirma que el derecho romano fue la mayor contribución de Roma a la

civilización occidental, y los modos de pensamiento romanos se han filtrado ciertamente en todos los sistemas legales occidentales. En este sentido, todos los juristas occidentales son juristas romanos. Pero en las naciones de derecho civil la influencia del derecho civil romano es mucho más generalizada, directa y concreta que en el mundo del derecho común.

El segundo componente más antiguo de la tradición del derecho civil es el derecho canónico de la Iglesia católica romana. El derecho canónico tuvo sus inicios a principios de la era cristiana y tiene una historia fascinante, la cual incluye documentos falsos tratados durante siglos como si fueran auténticos. Se compilaron diversas colecciones y arreglos de materiales del derecho canónico, y para los tiempos del resurgimiento boloñés se contaba con un importante cuerpo escrito del derecho canónico, a partir del cual era posible su estudio. El *Decretum* de Graciano, en sí mismo una compilación, fue para el derecho canónico lo que el *Digesto* fue para el derecho romano.

La Iglesia elaboró este cuerpo de derecho y procedimiento para su propia gobernanza

y para regular los derechos y obligaciones de sus fieles. Así como el derecho civil romano era el derecho universal del imperio temporal, directamente asociado a la autoridad del emperador, el

derecho canónico era el derecho universal del campo espiritual, directamente asociado a la autoridad de la Iglesia.

En la práctica, sin embargo, las distinciones entre los diferentes tipos de derecho fueron menos claras. Los tribunales reales, que debían aplicar las leyes reales, fueron atendidos por juristas con formación universitaria y naturalmente favorecieron el derecho romano. Los tribunales señoriales, que aplicaban el derecho consuetudinario, también sintieron la influencia de los juristas educados. Los tribunales eclesiásticos contaban con jueces de derecho canónico que habían recibido educación universitaria tanto en derecho canónico como romano. Se dio una tendencia a superponer las jurisdicciones; con frecuencia, los tribunales eclesiásticos ejercían jurisdicción sobre el derecho familiar y asuntos de sucesión, así como en ciertos tipos de delitos.

El estudio del derecho canónico se unió al estudio del derecho civil romano en las universidades del mundo del derecho civil. Los estudiantes aprendían "los dos derechos", y el grado otorgado a quien completara todo el programa de estudios era el de *Juris Utriusque Doctor*, o doctor en ambos derechos, por referencia al derecho civil y al canónico. (El grado JUD se otorga todavía en algunas universidades del mundo del derecho civil.) En virtud de que ambos se estudiaban juntos en las universidades italianas, ambos tendían a influirse recíprocamente; y el derecho canónico, al igual que el 21

derecho civil, ayudó a la formación del *jus commune* que más tarde recibieron los Estados europeos.

El derecho canónico influyó al *jus commune* principalmente en las áreas del derecho familiar y sucesorio (ambas partes del derecho civil romano), el derecho penal y el derecho procesal. Cuando se privó de su jurisdicción civil a los tribunales eclesiásticos de Europa, muchos de los principios e instituciones, sustantivos y procesales, que éstos habían desarrollado fueron adoptados por los propios tribunales reales.

Este *jus commune* del derecho civil romano y el derecho canónico era el derecho generalmente aplicable en Europa. Por supuesto, también tenía importancia el derecho local, en parte consuetudinario y en parte en forma de legislación establecida por los príncipes, los señores, los pueblos o las comunas. En general

se consideraba que tal derecho tenía una naturaleza excepcional y sólo poseía un interés local. El investigador jurídico concentraba su atención en el *jus commune*, antes que en las variaciones locales.

Pero el derecho local tuvo algún efecto sobre el desarrollo del *jus commune*. Muchos de los profesores e investigadores jurídicos más importantes eran también abogados practicantes en contacto constante con el derecho en su uso. Lo que ellos consideraban un derecho consuetudinario y local, sobre todo en campos como el del derecho penal, donde el derecho romano estaba subdesarrollado o se consideraba inaplicable, ayudaba a formar sus ideas acerca del *jus commune*. Al mismo tiempo, su inclinación académica y su convicción de la superioridad del derecho civil romano afectaban fuertemente el desarrollo del derecho local. Ambos derechos tendían a converger en los lineamientos favorecidos por los académicos.

La recepción del *jus commune* en las naciones europeas despertó finalmente un interés nacionalista por la identificación y la preservación —y en algunos casos la glorificación— de las instituciones legales nativas. Las *coutumes* de diversas regiones francesas, generalmente clasificadas como *pays de droit coutumier* (regiones de derecho consuetudinario) —por oposición a las costumbres de las regiones generalmente clasificadas como *pays de droit écrit* (regiones de derecho escrito), donde el derecho romano era la influencia dominante—, se convirtieron en una fuente de orgullo nacional e interés académico a medida que Francia se convertía en un Estado nacional consciente de sí mismo. Después de la Revolución se hizo un esfuerzo para incluir, durante la codificación, algunas instituciones tomadas de las *coutumes* en el nuevo orden legal centralizado. En Alemania surgió, durante el trabajo preparatorio de codificación, una disputa entre los "germanistas" y los "romanistas", y el proyecto de un código civil, originalmente propuesto para la Alemania unificada, fue rechazado por la oposición de los germanistas. Su protesta sostenía que el proyecto era puramente romano en forma y sustancia, en detrimento de las instituciones legales nativas, y lograron imponer una revisión que tratara de dar al código un aire más alemán, menos romano.

En estas y otras formas, el desarrollo de un sistema legal nacional en cada una de las grandes naciones europeas asumió ciertas características directamente imputables al deseo de identificar, perpetuar y glorificar las instituciones legales nativas. En efecto, esta tendencia es una de las razones principales de las diferencias sustanciales existentes entre 22

los sistemas de derecho civil contemporáneos. Pero lo que une a tales naciones es el hecho de que estas instituciones legales nativas se han combinado con la forma y la sustancia del derecho civil romano, bajo la influencia del *jus commune*. La influencia romana es muy grande; la contribución legal nativa, sin dejar de ser sustancial, tiene generalmente una importancia secundaria. No se ocupa de cuestiones tales como las actitudes y las nociones legales básicas, ni de la organización y el estilo del orden legal.

Esto se toma de la tradición del derecho civil romano, más antigua, más desarrollada y refinada.

La tercera subtradición, al lado del derecho civil romano y el derecho canónico, es la del derecho mercantil. Es obvio que cierta forma del derecho mercantil es tan antigua como el comercio, pero el derecho mercantil de Europa occidental (y también el derecho mercantil del mundo del derecho común) experimentó su desarrollo principal en Italia en el momento de las Cruzadas, cuando el comercio europeo recuperó el dominio del área mediterránea. Los comerciantes italianos formaron gremios y establecieron reglas para la gestión de los asuntos comerciales. Los pueblos italianos medievales se convirtieron en centros comerciales, y las reglas desarrolladas en estos pueblos —en particular Amalfi, Génova, Pisa y Venecia— influyeron en el desarrollo del derecho mercantil. Al revés de lo que ocurría con el derecho civil romano y con el derecho canónico, que eran librescos y estaban dominados por los académicos, el derecho mercantil era la creación pragmática de hombres prácticos ocupados en el comercio. La interpretación y aplicación del derecho mercantil se realizaba en tribunales mercantiles donde los jueces eran comerciantes. Las necesidades del comercio y los intereses de los comerciantes, no la compilación de Justiniano ni las de los canonistas, eran las fuentes principales de este derecho. Sin embargo, los jueces mercantiles consultaban juristas educados como una forma de evitar conflictos con los tribunales reales. De este modo, el lenguaje y

las instituciones del derecho romano influyeron el derecho mercantil.

El derecho mercantil que se desarrolló a partir de las actividades de los gremios y de las ciudades marítimas pronto obtuvo un carácter internacional. Se convirtió en un derecho mercantil común que penetraba a través del mundo comercial, incluso en lugares como Inglaterra, donde el derecho civil romano se había topado con resistencias. Este derecho mercantil común de Europa fue después recibido por los Estados-nación y, finalmente, se incorporó a los códigos mercantiles que se adoptaron a lo largo del mundo del derecho civil en los siglos XVIII y XIX.

Estas tres subtradiciones de la tradición del derecho civil —el derecho civil romano, el derecho canónico y el derecho mercantil — son las principales fuentes históricas de los conceptos, las instituciones y los procedimientos de la mayor parte del derecho privado y el derecho procesal, y de gran parte del derecho penal de los sistemas de derecho civil modernos. En forma actual, afectadas por el derecho revolucionario y la ciencia jurídica (descritos en los siguientes capítulos), estas subtradiciones se materializan en los cinco códigos básicos que suelen encontrarse en una jurisdicción de derecho civil: el código civil, el código mercantil, el código de procedimientos civiles, el código penal y el código de procedimientos penales.

23

24

III. LA REVOLUCIÓN

COMO hemos visto, tres de las cinco subtradiciones principales de la tradición del derecho civil —el derecho civil romano, el derecho canónico y el derecho mercantil— son las fuentes históricas de gran parte del derecho contenido en los cinco códigos básicos vigentes en la mayor parte de las jurisdicciones del derecho civil. El lector observará que gran parte del derecho público, en particular el derecho constitucional y el derecho administrativo, se encuentra conspicuamente ausente de esta enumeración. La razón es que el derecho público de las naciones de derecho civil de la actualidad es en gran parte un producto de una revolución ocurrida en Occidente en el siglo iniciado en 1776. Este movimiento, que afectó a la mayor parte de las naciones occidenta-

les, incluyó acontecimientos tan dramáticos como la Revolución estadunidense y la Revolución francesa, el *Risorgimento* italiano, la serie de guerras de independencia que liberaron a las naciones de América Latina, la unificación de Alemania bajo Bismarck y la liberación de Grecia tras siglos de dominación turca.

Pero estos acontecimientos fueron en sí mismos el producto de una revolución intelectual más fundamental. Finalmente, se superaron ciertos moldes de pensamiento por largo tiempo establecidos acerca del gobierno y el individuo, y se sustituyeron por nuevas ideas acerca del hombre, la sociedad, la economía y el Estado. Incluso en las partes de Occidente que escaparon a las revoluciones violentas (como Inglaterra), se impusieron estas ideas nuevas. Es en esta revolución intelectual donde encontramos las fuentes principales del derecho público en la tradición del derecho civil. Una cuidadosa investigación histórica podría relacionar, sin duda, el origen de varias instituciones gubernamentales contemporáneas con los materiales legales que precedieron a esta revolución; pero el hecho es que el espíritu orientador del derecho público europeo, y muchos de los conceptos y de las instituciones en los que se expresa, tiene un origen moderno, sin raíces profundas en el periodo romano o el periodo medieval de la historia europea.

Sin embargo, el efecto de la revolución no se limitó al derecho público. Tuvo también una influencia profunda sobre la forma, el método de aplicación y, en menor medida, el contenido de los códigos básicos derivados de fuentes romanas y del *jus commune*. La revolución intelectual produjo una nueva forma de pensar acerca del derecho que tuvo consecuencias importantes para la organización y la administración del sistema legal y para las reglas del derecho sustantivo y procesal.

Una de las principales fuerzas intelectuales impulsoras de la revolución fue lo que 25

desde entonces se ha llamado el derecho natural secular ("secular" porque no derivaba de la doctrina, la creencia o la autoridad religiosas: el pensamiento revolucionario era severamente antirreligioso y anticlerical). Se basaba en ciertas ideas acerca de la naturaleza del hombre que encuentran expresión en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. De

acuerdo con este razonamiento, todos los hombres han sido creados iguales. Tienen ciertos derechos naturales a la propiedad, la libertad, la vida. El gobierno debe reconocer y asegurar estos derechos, así como la igualdad entre los hombres. Debe estar en manos de representantes elegidos. Y así sucesivamente.

Las instituciones sobrevivientes del feudalismo, que conferían la posición social y el cargo público sobre la base de la propiedad de la tierra, eran claramente incompatibles con estas ideas. Lo mismo ocurría con las aristocracias de otras clases, basadas en consideraciones distintas de la propiedad de la tierra, como la aristocracia de las togas.

Antes de la Revolución francesa, los puestos judiciales se consideraban como propiedades que podían comprarse, venderse y heredarse. El propio Montesquieu heredó

tal cargo, lo conservó durante un decenio y lo vendió. Los jueces constituían un grupo aristocrático que apoyaba a la aristocracia terrateniente contra los campesinos y las clases medias y trabajadoras urbanas, y contra la centralización del poder gubernamental en París. Con la llegada de la Revolución cayó la aristocracia, y con ella cayó la aristocracia de las togas.

Un segundo lema de la revolución intelectual era la separación de los poderes gubernamentales. Varios autores, particularmente Montesquieu en *El espíritu de las leyes* y Rousseau en *El contrato social*, habían sostenido convincentemente la importancia fundamental, para el gobierno democrático racional, del establecimiento y la preservación de una separación entre los poderes gubernamentales, y en particular la importancia de una distinción y una separación claras entre el legislativo y el ejecutivo por una parte, y el judicial por la otra. Se trataba de evitar así la intrusión del poder judicial en áreas —la elaboración y la ejecución de las leyes— reservadas a los otros dos poderes. Esta actitud hacia el poder judicial no existía en los Estados Unidos ni antes ni después de la Revolución. El sistema de pesos y contrapesos que ha surgido en los Estados Unidos no subraya especialmente el aislamiento del poder judicial, y procede de una filosofía diferente de la que produjo la separación marcada de los poderes que suele encontrarse en el mundo del derecho civil. Es importante que hagamos hincapié en este punto y que entendamos por qué ocurrió así.

En Francia, la aristocracia judicial era uno de los blancos de la Revolución, no sólo por su tendencia a identificarse con la aristocracia terrateniente, sino también por su incapacidad para distinguir muy claramente entre la aplicación y la elaboración de la ley.

A resultas de estas deficiencias, con frecuencia se habían frustrado los esfuerzos de la corona por unificar el reino y aplicar reformas legislativas relativamente ilustradas y progresistas. Los tribunales se negaban a aplicar las leyes nuevas, las interpretaban en forma contraria a su intención o frustraban los esfuerzos de los funcionarios por administrarlas. Montesquieu y otros autores desarrollaron la teoría de que la única forma 26

segura de impedir los abusos de esta clase era la separación inicial del poder legislativo y el poder ejecutivo frente al poder judicial, y luego la regulación cuidadosa del poder judicial para asegurar que se restringiera a la aplicación de la ley elaborada por la legislatura y no interfiriera con los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones administrativas.

En los Estados Unidos e Inglaterra, por el contrario, había otra clase de tradición judicial, en la que los jueces habían constituido a menudo una fuerza progresista al lado del individuo contra el abuso del poder del gobernante, y habían desempeñado un papel importante en la centralización del poder gubernamental y la destrucción del feudalismo.

No existía aquí el temor a la intervención judicial en la elaboración de las leyes y la administración. El poder de los jueces para influir sobre el desarrollo del derecho común era una institución familiar y apreciada. Se aceptaba que los tribunales tenían los poderes del *mandamus* (para obligar a un funcionario a cumplir con sus deberes legales) y el *quo warranto* (para cuestionar la legalidad de un acto ejecutado por un funcionario público).

El poder judicial no fue uno de los blancos de la Revolución estadunidense, como lo fue en Francia.

Era ésta también la Edad de la Razón. El racionalismo era una fuerza intelectual dominante. Se suponía que la razón controlaba las actividades de los hombres y que todos los obstáculos caerían ante el ejercicio adecuado del razonamiento cuidadoso de hombres inteligentes. Todavía no se había descubierto el subcons-

ciente y no se reconocía aún el poder de las fuerzas irracionales en la historia. Se suponía con optimismo que las leyes e instituciones existentes podrían derogarse para poner en su lugar leyes e instituciones nuevas, racionalmente derivadas de primeros principios inobjetables.

El hincapié que se hacía durante el periodo revolucionario en los derechos del hombre produjo algunas declaraciones acerca de la libertad individual como los que se encuentran en nuestra Declaración de Independencia y en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Pero había una diferencia muy importante. El feudalismo (en el sentido general, no técnico, del término, como lo usaban muchos revolucionarios europeos y latinoamericanos) había sobrevivido en Europa y en América Latina en una forma que mantenía vivas muchas de las injusticias sociales inherentes en sus orígenes, mientras que, en las colonias inglesas de Norteamérica, las instituciones legales de origen innegablemente feudal habían sido privadas ya de gran parte de su capacidad para producir la clase de males sociales y económicos característicos de las sociedades feudales. En consecuencia, la revolución intelectual ocurrida en el mundo del derecho civil tuvo una orientación más intensamente antifeudal que la ocurrida en los Estados Unidos. El hincapié que se hacía en el derecho de un hombre a tener propiedades y en la obligación para las leyes de proteger su propiedad era en parte una reacción contra la posesión dependiente del feudalismo. El hincapié que se hacía en el derecho de un hombre a ocuparse de sus propios asuntos y avanzar en forma lateral y vertical en la sociedad era una reacción contra la tendencia feudal a fijar el lugar y la posición de los hombres. La revolución se convirtió —como dice la frase famosa de sir Henry Maine— en un instrumento para la transición "de la posición social fija al 27

contrato". El resultado fue una insistencia exagerada en la propiedad privada y la libertad de contrato, de efecto similar al exagerado individualismo de Inglaterra y los Estados Unidos en el siglo XIX. Pero la reacción del mundo del derecho civil tenía un matiz antifeudal especial.

La Revolución fue también un gran paso hacia la glorificación del Estado secular. La

lealtad temporal del individuo se otorgaría en adelante primordialmente al Estado. Se abolieron las obligaciones y las relaciones feudales. Las obligaciones religiosas perdieron la mayor parte de la importancia legal que les quedaba. Los tribunales eclesiásticos perdieron lo poco que les quedaba de su jurisdicción temporal. Las relaciones familiares estaban ahora definidas y reguladas por el derecho (es decir, por el Estado). Se abolieron las autonomías gubernamentales locales; se privó del poder regulador a gremios y corporaciones. Las tradiciones legales separadas se fundieron en un solo cuerpo de derecho nacional. El universo legal, antes muy complicado, se simplificó de pronto: en adelante, estaría habitado teóricamente sólo por el individuo y el Estado monolítico.

El nacionalismo fue otro aspecto de la glorificación del Estado. El objetivo era un sistema legal nacional que expresaría los ideales nacionales y la unidad de la cultura de la nación. Tal derecho nacional debería expresarse en un idioma nacional y debería incluir las instituciones y los conceptos legales nacionales. Se rechazó la autoridad (pero no el contenido) del *jus commune;* un derecho común del mundo del derecho civil era ya cosa de la historia. En el futuro, todo el derecho sería derecho nacional, y la variación del *jus commune* no sólo se aceptaba sino que se apreciaba como demostración del genio y la identidad nacionales.

Así pues, la revolución se integró con fuerzas intelectuales tales como los derechos naturales, la separación de los poderes, el racionalismo, el antifeudalismo, el liberalismo burgués, el estatismo y el nacionalismo. Todas estas fuerzas son ideas o puntos de vista respetables mientras guarden sus proporciones. Pero durante la revolución, y después de ella, prevaleció una atmósfera general de exageración (como es típico en los movimientos revolucionarios). El odiado pasado se pintaba con colores excesivamente oscuros. Los objetivos de la revolución se idealizaban y se daba por supuesta la posibilidad de su realización. Se omitían o se simplificaban en exceso los problemas de la reforma. La pasión ideológica sustituía a la razón; las ideas revolucionarias se convertían en dogmas; la revolución se volvía utópica.

Sobre todo en Francia, como en la Unión Soviética después de la Revolución de Octubre, era muy fuerte el matiz utópico. Tocqueville afirmó que la Revolución "se convirtió en una especie de

religión". Este desarrollo afectó profundamente las reformas revolucionarias en Francia y, dado que el derecho revolucionario de Francia ha ejercido gran influencia fuera de este país, los sistemas legales de muchas partes del mundo del derecho civil muestran los efectos del ferviente utopismo característico de la Revolución francesa y de las reacciones en su contra. El hincapié que se hacía en la separación de poderes produjo un sistema separado de tribunales administrativos, inhibió la adopción de la revisión judicial de la legislación y limitó a los jueces a un papel relativamente secundario en el proceso legal. La teoría de los derechos naturales generó un acento 28

exagerado en los derechos individuales de propiedad y de contrato, así como una distinción demasiado marcada entre el derecho público y el derecho privado. La glorificación del Estado, la del nacionalismo y la del racionalismo se combinaron para producir una teoría de derecho civil peculiar acerca de lo que es la ley, y para determinar la forma y el estilo de los códigos básicos.
29

IV. LAS FUENTES DEL DERECHO

LA INEFICIENTE, muy descentralizada y policéntrica, estructura del mundo político medieval, se derrumbó ante la necesidad de un sistema gubernamental centralizado, más eficiente: el Estado nacional moderno. Pero la generación de esta transformación y la consolidación de los logros de la revolución requerían una ideología, y el nacionalismo —

la ideología del Estado— satisfizo esta necesidad. Y si el nacionalismo era la ideología prevaleciente, la soberanía era la premisa básica de su expresión legal.

El concepto de la soberanía había existido durante varios siglos. Su desarrollo como un concepto legal puede encontrarse en la obra de ciertos europeos, en particular, el francés Juan Bodino, el holandés Hugo Grocio, y el inglés Thomas Hobbes. Bodino y Hobbes se centraron en la soberanía interna: la supremacía del Estado, libre de cualquier restricción externa y que ordena sus relaciones con los ciudadanos. Grocio, llamado a menudo el "padre del derecho internacional", veía más hacia la relación entre los Estados; su trabajo en derecho internacional apoyaba las re-

clamaciones y trataba de controlar la conducta de las potencias coloniales e imperialistas.

El carácter secular de la revolución europea aportó otra dimensión del movimiento hacia el positivismo estatal. Aunque había variaciones de forma y de grado entre las naciones, la idea de que el derecho tenía un origen divino —ya se expresara directamente, como en el derecho divino (es decir, el de las escrituras), o indirectamente a través de la naturaleza del hombre creada por Dios, como en el derecho natural católico romano— perdía ahora la mayor parte de la vitalidad que le quedaba. Todavía podría expresarse un respeto formal a la deidad en el proceso de elaboración del derecho (como ocurría, por ejemplo, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos), pero en adelante operaría la teoría de que el poder legislativo final residía en el Estado. El derecho natural católico romano había perdido el poder para seguir ejerciendo su control sobre el príncipe.

El derecho natural secular, que había aportado muchas de las ideas que constituyen el combustible intelectual de la revolución, no podía controlar la actividad del Estado.

Carecía de una organización y de un poder sancionador. Así se resolvió decisivamente la controversia perenne entre los partidarios del derecho natural y los positivistas legales (muy conocida por todos los estudiosos de la filosofía legal), por lo menos para los fines prácticos, en favor de los positivistas. En consecuencia, aunque este debate continúa aún, ha tenido un cariz claramente académico desde el surgimiento del Estado moderno.

Todos los Estados occidentales son positivistas.

30

El surgimiento del Estado nacional moderno destruyó la unidad legal aportada por la aceptación común del *jus commune* canónico romano en la Europa feudal. El *jus commune*, asociado en la mente de muchos al concepto del Sacro Imperio Romano, era un derecho que trascendía las diversidades de las tribus locales, las comunidades y las naciones. Con la declinación del feudalismo, el advenimiento de la Reforma y el debilitamiento consiguiente de la autoridad del Sacro Imperio Romano, la monarquía centralizada empezó a surgir como el reclamante principal de la lealtad de los hombres.

El Estado centralizado se oponía a la autonomía de las clases y las tierras medievales que suelen asociarse al feudalismo y a toda clase de poder fuera del Estado. El Estado tendía a convertirse en la fuente única del derecho, la que reclamaba una soberanía en lo interno y en lo internacional. En esta forma, los sistemas legales nacionales empezaron a sustituir al *jus commune*, el que se convirtió en un derecho subordinado o complementario, Se citaba al propio derecho romano como una justificación de la autonomía legal del Estado que condujo finalmente a su desplazamiento en favor de los sistemas legales nacionales, de acuerdo con la máxima *quod principi placuit habet vigorem* (el deseo del príncipe es ley). La autoridad del príncipe sustituyó a la del *jus commune*. El contenido del derecho nacional podría seguir extrayéndose en gran medida del *jus commune*, pero su autoridad provenía del Estado.

Así se inició la época de la soberanía absoluta. Allí donde se recibió formalmente el *jus commune*, como sucedió en algunas partes de Alemania, esto ocurrió por la voluntad del príncipe y la continuación de su fuerza dentro del Estado dependía también, en teoría, de su voluntad. Pero donde no hubo ninguna recepción formal del derecho romano, como aconteció en la mayor parte de Europa, el proceso de construcción del derecho nacional (de ordinario en el idioma nacional) se realizó bajo condiciones y supuestos que presagiaban un positivismo legal europeo. El acto legislativo no estaba sujeto a autoridad alguna, temporal o espiritual, superior al Estado, ni estaba sujeto a limitación alguna en el interior del Estado (tal como el derecho local o consuetudinario).

Desde una época en que la elaboración de las leyes se distribuía a lo largo de un espectro que iba desde el señor local o el consejo aldeano hasta el emperador y la Iglesia Universal, el Occidente había pasado a la elaboración del derecho en un solo punto: el Estado nacional centralizado. La soberanía tenía dos caras: una cara exterior que excluía todo derecho de origen externo y una cara interior que excluía todo derecho de origen local o consuetudinario.

Es importante entender que el positivismo estatal se subrayaba en el continente de manera mucho más marcada y consciente que en Inglaterra, durante este periodo de cambio revolucionario. Esto se debía en parte, por supuesto, a la naturaleza más mo-

derada, gradual y evolutiva de la revolución inglesa. En Inglaterra se conservaron muchas de las formas del feudalismo, mientras que su sustancia se transformaba.

Sobrevivieron las galas de una Iglesia establecida, mientras que la influencia eclesiástica sobre la forma y el contenido del derecho disminuía hasta desaparecer. Sobre todo, el derecho común nativo de Inglaterra, que se había desarrollado por lineamientos muy diferentes de los asumidos por el *jus commune* en el continente, no se rechazó en aras 31

del estatismo, el nacionalismo, el positivismo y la soberanía. Por el contrario, el derecho común de Inglaterra era una fuerza positiva en el surgimiento de este país como un Estado nacional, y se tomaba vigorosamente como una demostración de la identidad y el genio nacionales. En el continente, la revolución parecía requerir el rechazo del antiguo orden legal; en Inglaterra, parecía requerir su aceptación e incluso su glorificación. Son obvias las implicaciones de esta diferencia para las actitudes hacia la codificación en el mundo del derecho civil y en el mundo del derecho común. En el continente, donde se consideraba necesario rechazar el *jus commune*, era natural que se codificaran nuevos sistemas legales; en Inglaterra, donde se consideraba necesaria la retención del derecho común, no se experimentó ninguna necesidad de la codificación.

En el continente, el rechazo del antiguo orden legal seguía los lineamientos indicados por una visión del mundo debidamente organizado en estados nacionales seculares, positivistas. En consecuencia, el derecho natural de la Iglesia católica, como otras teorías del derecho y la justicia de derivación externa, y el derecho canónico, como otros cuerpos externos de reglas e instituciones, no podían tener efectos legales dentro del Estado. La escuela occidental del derecho internacional, basada en una especie de soberanía absoluta del Estado que le permite estar limitado sólo cuando admite estarlo, trataba incluso los principios aceptados del derecho internacional como operativos dentro del Estado, solamente si el propio Estado decidía que deberían serlo. El derecho producido por los organismos internacionales y las obligaciones de los miembros de tales organismos afectaban también al Estado, únicamente si había aceptado tal sujeción. Las leyes de un Estado podrían aplicarse en otro Estado sólo si este último

permitía tal aplicación. La sentencia de un tribunal de un Estado sería aplicada o no por los tribunales de otro Estado, a elección de este último. La fachada del positivismo estatal era así uniforme y continua: nada que estuviera fuera del Estado podría volver efectivo el derecho dentro del Estado, sin su consentimiento.

La cara interior de la escuela del positivismo estatal era igualmente continua. Sólo el Estado tenía poder para elaborar leyes, de modo que ningún individuo o grupo dentro del Estado podía crear el derecho. La capacidad de los individuos para obligarse por contratos, y de los miembros de las organizaciones para adoptar reglas que efectivamente gobernaran sus relaciones internas, no les daba poderes de legisladores. Estos contratos se consideraban como arreglos privados, dotados de efecto legal sólo cuando el Estado decidiera reconocerlos y hacerlos cumplir. Tampoco eran leyes los libros y artículos escritos por académicos (aunque eran mucho más influyentes que el academicismo legal

en los países de derecho común, como explicaremos en el capítulo IX), por las mismas razones.

El positivismo estatal, expresado en el dogma de la soberanía externa e interna absoluta del Estado, produjo así un monopolio estatal en materia de elaboración de leyes.

El hincapié revolucionario en la separación estricta de los poderes exigía que sólo los órganos del Estado específicamente designados tuviesen facultades para hacer leyes. De acuerdo con esa doctrina, el poder legislativo y el poder judicial del gobierno eran de una clase diferente; a fin de evitar el abuso, debían mantenerse muy claramente separados 32

entre sí. El poder legislativo es, por definición, el poder para hacer leyes, de modo que sólo la legislatura podría hacer leyes. Como rama representativa del gobierno, directamente elegida, sólo la legislatura podría responder al poder popular. En el capítulo siguiente examinaremos algunas de las consecuencias de este dogma para el juez de derecho civil. Por ahora bastará decir que la conocida doctrina del derecho común de *stare decisis* —es decir, el poder y la obligación de los tribunales de basar sus decisiones en decisiones anteriores— es obviamente incompatible con la separación de poderes formulada en los países de derecho

civil, de manera que es rechazada por la tradición del derecho civil. Las decisiones judiciales no son leyes.

¿Qué es entonces la ley? La respuesta básica, que constituye la esencia del positivismo legislativo, es que sólo los estatutos promulgados por el poder legislativo podrían ser leyes. En teoría, la legislatura podía promulgar cualquier cosa. En la práctica, sin embargo, había límites, los más importantes de ellos eran impuestos por los conceptos, categorías y principios del derecho romano que todavía se enseñaba en las universidades y se veneraba como "razón escrita". Antes de la Revolución, la legislatura no hubiera podido sustituir al derecho romano más de lo que hubiera podido sustituir a la geometría o las matemáticas. Pero la autoridad del derecho romano declinó gradualmente a medida que la legislatura se fortalecía y en el siglo XIX la ley se convirtió en sinónimo de legislación. La legislatura podía delegar parte de ese poder al ejecutivo y dar a los órganos administrativos la facultad de emitir regulaciones con fuerza de ley, pero tal

"legislación delegada" teóricamente efectiva sólo dentro de los límites previstos en la legislación delegante. El poder legislativo era supremo.

Además de los estatutos (incluida la legislación promulgada por el ejecutivo bajo poderes delegados) y las regulaciones administrativas, las naciones de la tradición del derecho civil suelen reconocer una tercera fuente del derecho: la costumbre. Cuando una persona actúa de acuerdo con la costumbre, bajo el supuesto de que representa la ley, su acción será aceptada como legal en muchas jurisdicciones de derecho civil, mientras no haya ningún estatuto o regulación aplicable en contrario. Es mucho lo que se ha escrito sobre la costumbre como ley en las jurisdicciones de derecho civil, fuera de toda proporción con su importancia efectiva como ley. La razón principal de tanta bibliografía (además de la importancia de la costumbre como fuente del derecho en los inicios de la tradición del derecho civil) es la necesidad de justificar el tratamiento de ley a algo que no ha sido creado por el poder legislativo del Estado. El hecho de dar a la costumbre la fuerza de la ley parecería violar el dogma del positivismo estatal (sólo el Estado puede hacer leyes) y el dogma de la separación marcada de los poderes (dentro del Estado, sólo la legislatura puede hacer leyes). Se han desarrollado algunas teorías muy refinadas

para explicar esta incongruencia aparente. Por otro lado, la importancia de la costumbre como una fuente del derecho es escasa y decreciente.

El resultado de todo esto es que la teoría aceptada de las fuentes del derecho en la tradición del derecho civil reconoce sólo a los estatutos, las regulaciones y la costumbre como tales fuentes. Esta enumeración es excluyente. También está expresada por orden descendente de autoridad. Un estatuto prevalece sobre una regulación contraria. Tanto el 33

estatuto como la regulación prevalecen sobre una costumbre en contrario. Todo esto puede parecer muy técnico y de dudosa importancia, pero resulta básico para nuestro entendimiento de la tradición de la ley civil, ya que la función del juez dentro de esa tradición es la interpretación y la aplicación de "la ley", como se define técnicamente en su jurisdicción. Tanto el positivismo estatal como el dogma de la separación de poderes requieren que el juez recurra sólo a "la ley" al decidir las controversias. Se supone que cualquiera que sea el problema que pueda presentársele, el juez podrá encontrar alguna forma de ley para aplicarla, ya sea un estatuto, una regulación o una costumbre aplicable.

El juez no puede acudir a los libros y artículos de los juristas académicos ni a las decisiones judiciales anteriores en búsqueda del derecho.

Esta concepción dogmática de lo que es el derecho, como muchas otras implicaciones

de los dogmas del periodo revolucionario, ha sido minada por el tiempo y los acontecimientos. Es posible que la innovación más extraordinaria haya sido el fuerte movimiento hacia el constitucionalismo, con su hincapié en la rigidez funcional y, por ende, en la superioridad de las constituciones escritas como fuente del derecho. Tales constituciones, que eliminan el poder de la legislatura para enmendar mediante la acción legislativa ordinaria, reducen el monopolio de la legislatura en materia de producción de leyes. Insertan un elemento nuevo en la jerarquía de las fuentes del derecho, la que ahora queda así: "Constitución, legislación, regulaciones y costumbre". Además, si un tribunal puede decidir que un estatuto es inválido porque está en conflicto con

la Constitución, se destruye el dogma de la separación estricta entre el poder legislativo y el poder judicial.

El poder de revisión judicial de la constitucionalidad de la acción legislativa ha existido durante largo tiempo en México y en la mayoría de las demás naciones latinoamericanas (aunque no siempre se ejercita agresivamente). Después de la segunda Guerra Mundial, la revisión judicial ha aparecido o reaparecido, en una forma u otra, en prácticamente todos los países.

Otro factor de complejidad es la inclusión de la iniciativa y el referéndum en las constituciones de algunos países de derecho civil; esto requiere necesariamente la transferencia de cierto poder legislativo al pueblo y debilita aún más la posición de la legislatura como la única fuente del derecho. El surgimiento de los organismos internacionales y supranacionales, así como la tendencia observada en Europa y América Latina hacia la transferencia de alguna parte de la soberanía a tales organizaciones, debilita aún más a la teoría tradicional. En el capítulo VI, sobre los jueces, se describirán las diversas formas en que esta teoría de las fuentes del derecho ha sido minada por la conducta de los jueces de derecho civil.

Estas y otras tendencias modernas han sido señaladas por los académicos, quienes a

menudo reconocen sus implicaciones para la teoría ortodoxa de las fuentes del derecho, pero no afectan gravemente la concepción más general que prevalece acerca de lo que es el derecho. Para el típico juez, abogado o estudiante de derecho en Francia o en Argentina, la teoría tradicional de las fuentes del derecho representa la verdad básica.

Forma parte de su ideología.

En cambio, en el mundo del derecho común, un mundo menos regido por la historia

34

peculiar y los dogmas racionalistas de la Revolución francesa, prevalecen actitudes muy diferentes. El derecho común de Inglaterra, que es una acumulación nada sistemática de estatutos, decisiones judiciales y prácticas consuetudinarias, es considerado como la fuente principal del derecho. Tiene profundas dimensiones históricas y no es el producto de un esfuerzo revolucionario

deliberado para hacer o rehacer la ley aplicable en un momento de la historia. No existe ninguna teoría sistemática, jerárquica, de las fuentes del derecho: por supuesto, la legislación es ley, sin embargo también lo son otras cosas, incluidas las decisiones judiciales. En términos formales, la autoridad relativa de los estatutos, las regulaciones y las decisiones judiciales podría ordenarse aproximadamente en esa forma, no obstante en la práctica tales formulaciones tienden a perder su nitidez e importancia. Los juristas del derecho común tienden a ser menos rigurosos que los juristas del derecho civil en lo tocante a estas materias. Las actitudes que llevaron a Francia a adoptar el sistema métrico, la moneda decimal, los códigos legales y una teoría rígida de las fuentes del derecho en el espacio de unos cuantos años, son todavía básicamente ajenas a la tradición del derecho común.

35

V. LOS CÓDIGOS Y LA CODIFICACIÓN

A MENUDO oímos decir, a veces por personas que debieran estar mejor enteradas, que los sistemas de derecho civil son sistemas estatutarios codificados, mientras que el derecho común no está codificado y se basa en gran parte en las decisiones judiciales. En este capítulo trataremos de indicar la medida en que esta observación simplifica en exceso y presenta una visión distorsionada, a la vez que expresa un conjunto importante de diferencias básicas entre las dos tradiciones legales.

La distinción que se establece entre la producción legislativa y la producción judicial del derecho puede ser engañosa. Es probable que haya en un estado norteamericano típico por lo menos tanta legislación vigente como en un país europeo o latinoamericano típico. Al igual que en un país de derecho civil, la legislación válidamente promulgada en los Estados Unidos es la ley, la que se espera que los jueces interpreten y apliquen con el espíritu de su promulgación. La autoridad de la legislación es superior a la de las decisiones judiciales; los estatutos superan a las decisiones judiciales contrarias (dejando de lado las cuestiones constitucionales), pero no a la inversa. La cantidad de la legislación y su grado de autoridad no son criterios útiles para distinguir los sistemas de derecho civil de los de derecho común.

Tampoco es un criterio distintivo la existencia de algo llamado código. California tiene más códigos que cualquier país de derecho civil, pero California no es una jurisdicción de derecho civil. Existen códigos en la mayoría de los sistemas de derecho civil, pero en varios países de derecho común existen también algunos cuerpos de legislación sistemática que abarcan grandes áreas del derecho y son indistinguibles en apariencia de los códigos europeos o latinoamericanos. A la inversa, un sistema de derecho civil no necesita tener códigos. Hungría y Grecia eran países de derecho civil antes de que promulgaran sus códigos civiles: el derecho civil húngaro no estaba codificado antes de que Hungría se convirtiera en un estado socialista; Grecia promulgó su primer código civil después de la segunda Guerra Mundial. Sudáfrica, cuyo sistema legal se basa en el derecho romano-holandés, permanece sin codificarlo y todavía se encuentran en las opiniones judiciales sudafricanas algunas citas del *Digesto* de Justiniano. Así pues, la forma del código no es una característica distintiva del sistema de derecho civil.

Pero si no consideramos la codificación como una forma, sino como la expresión de

una ideología, y si tratamos de entender esa ideología y por qué encuentra expresión en la forma de un código, veremos que tiene sentido hablar de los códigos en el derecho comparado. Es cierto que California tiene muchos ordenamientos llamados códigos, 36

como ocurre en otros estados de los Estados Unidos, y que la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas han adoptado el Código Comercial Uniforme. Pero aunque estos ordenamientos se parecen a los códigos de los países de derecho civil, la ideología subyacente —la concepción de lo que es un código y de las funciones que debe desempeñar en el proceso legal— no es la misma. Hay en el mundo del derecho civil una ideología de la codificación enteramente diferente.

Recordemos que Justiniano, al promulgar el *Corpus Juris Civilis*, trató de abolir todo el derecho anterior; sin embargo, ciertos elementos del orden legal precedente se incluyeron en el propio *Corpus Juris Civilis* y, en consecuencia, se preservaron cuando Justiniano promulgó ese ordenamiento. También los franceses, cuando codificaron su derecho, derogaron todo el derecho ante-

rior en las áreas cubiertas por los códigos. Los principios del derecho anterior incorporados en los códigos no recibieron la validez de su existencia previa, sino de su incorporación y nueva promulgación en forma codificada.

Justiniano y los codificadores franceses trataron de destruir el derecho anterior por razones diferentes pero análogas: Justiniano trataba de restablecer el derecho más puro de una época anterior y los franceses querían establecer un orden legal enteramente nuevo. En ambos casos, los objetivos eran esencialmente utópicos. Veamos más de cerca la utopía de la codificación francesa.

La ideología de la codificación francesa es más moderada que la del periodo inmediatamente posterior a la Revolución, pero refleja correctamente la ideología de la Revolución francesa. Por ejemplo, una de las razones del intento de derogación de todo el derecho anterior y, en consecuencia, la limitación del efecto del derecho a la nueva legislación, era el estatismo: la glorificación del Estado nacional. Una ley que tuviese su origen en una época anterior, previa a la creación del Estado, violaba este ideal estatista.

Lo mismo ocurría con una ley que tuviese su origen fuera del Estado, en un derecho común europeo, por ejemplo. El nacionalismo de la época era también un factor importante. Gran parte del derecho vigente en Francia antes de la Revolución tenía un origen europeo, más bien que francés (el *jus commune*) y, por lo tanto, ofendía al creciente espíritu del nacionalismo francés. Al mismo tiempo, gran parte de lo que era francés (en particular las *coutumes* de las regiones norteñas) aparecía ahora como el objeto lógico de la preservación y la glorificación. El impulso hacia un Estado centralizado hacía importante que se impartiera cierta unidad a la diversidad de sistemas y materiales legales en las regiones francesas. El ideal del derecho natural secular de una ley aplicable a todos los franceses apuntaba en la misma dirección.

El racionalismo desaforado de la época tuvo también un efecto importante sobre la codificación francesa. Sólo un racionalismo exagerado puede explicar la creencia de que podría abolirse la historia derogando un estatuto. Tal actitud está implícita también en la hipótesis de que podría crearse un sistema legal enteramente nuevo, que incluyera sólo ciertos aspectos convenientes del

sistema legal anterior, generalmente inconveniente, y sustituir con él al sistema antiguo. Se suponía que, razonando a partir de las premisas básicas establecidas por los pensadores de la escuela del derecho natural secular, podría generarse un sistema legal que satisficiera las necesidades de la nueva sociedad y el 37

nuevo gobierno. Por supuesto, los juristas de la época habían sido adiestrados en un periodo anterior y fundaban sus concepciones, instituciones y procesos legales en el derecho antiguo. En consecuencia, quienes participaron en la redacción de los códigos franceses incluyeron gran parte del derecho y del aprendizaje legal anteriores. En esta forma se preservó cierta continuidad con la cultura legal anterior. Esto atemperó las consecuencias legales de la Revolución francesa, pero no las evitó por completo. Durante varios decenios después de la promulgación del Código Napoleónico (el Código Civil francés de 1804), un gran grupo de juristas franceses sostuvo tercamente la ficción de que la historia era irrelevante para la interpretación y aplicación del código. Este punto se ilustra con la declaración frecuentemente citada de un abogado francés de la época: "No sé nada del derecho civil; sólo conozco el Código Napoleónico".

Como ocurre en muchas utopías, uno de los objetivos de la Revolución era el de volver innecesarios a los abogados. Se deseaba un sistema legal que fuese simple, no técnico y claro: un sistema donde pudiera evitarse el profesionalismo y la tendencia hacia el tecnicismo y la complicación de la que suele acusarse a los abogados. Esto podría lograrse enunciando la ley en forma clara y directa, de modo que el ciudadano ordinario pudiera leerla y entender sus derechos y obligaciones sin tener que consultar abogados y acudir a los tribunales. En esta forma, el Código Civil francés de 1804 se concebía como una especie de libro popular que podía colocarse en el librero al lado de la Biblia familiar.

Sería un manual para el ciudadano, claramente organizado y presentado en lenguaje sencillo, que permitiría a los ciudadanos determinar por sí mismos sus derechos y obligaciones legales.

El temor de un "*gouvernement des juges*" pendía sobre las reformas francesas posrevolucionarias y matizaba el proceso de codificación. El hincapié en la separación completa de los poderes, con todo el poder de legislación concentrado en una legislatura representativa, era un procedimiento para asegurar que se nega-

ra al poder judicial la facultad legislativa. La experiencia de los tribunales prerrevolucionarios había hecho que los franceses temieran al poder legislativo de los jueces disfrazado de interpretación de las leyes. Por lo tanto, algunos autores sostuvieron que debería negarse a los jueces incluso la facultad de interpretar la legislación. (En el capítulo VII se describe la historia de esta actitud y su relajamiento posterior.) Al mismo tiempo, sin embargo, el juez debía decidir cada controversia que se le planteara. Las premisas del derecho natural secular requerían que la justicia estuviese al alcance de todos los franceses; no podía haber ninguna área para la interpretación judicial ni discreción en el ejercicio de la jurisdicción.

Pero si sólo la legislatura podía elaborar leyes, y los jueces sólo podían interpretarlas (o interpretarlas y aplicarlas en una época posterior), tal legislación tendría que ser completa, coherente y clara. Si se requiriera un juez para decidir una controversia para la que no existiera ninguna disposición legislativa, en efecto elaboraría una ley y así violaría el principio de la separación de poderes. Por lo tanto, era necesario que la legislatura elaborara un código sin lagunas. De igual modo, si hubiera en el código algunas disposiciones en conflicto, el juez elaboraría el derecho al escoger una de tales disposiciones, y no la otra, como la más aplicable a la situación. Por lo tanto, no podría 38

haber disposiciones conflictivas. Por último, si se permitiera que un juez decidiera el significado que debería darse a una disposición ambigua o un enunciado oscuro, también estaría elaborando el derecho. Por lo tanto, el código tenía que ser claro.

Si la insistencia en una separación total entre el poder legislativo y el poder judicial exigía que los códigos fuesen completos, coherentes y claros, el espíritu prevaleciente de racionalismo optimista persuadía a sus creyentes de que podría elaborarse una legislación sistemática que tuviera esas características, a grado tal que la función del juez se limitara a seleccionar la disposición aplicable del código y darle su significación obvia en el contexto del caso. En realidad, el Código Napoleónico no es el ejemplo más extremo de este tipo de codificación. Ese honor dudoso le corresponde al *Landrecht* prusiano de 1794, promulgado bajo Federico el Grande, el que contenía cerca de diecisiete mil disposiciones detalladas que establecían reglas precisas para gobernar

las "situaciones de hecho" específicas. El Código Civil francés fue redactado por juristas experimentados e inteligentes, conocedores del gran fracaso del esfuerzo prusiano por preverlo todo. En efecto, si leemos los comentarios de JeanÉtienne-Marie Portalis, uno de los compiladores más influyentes del código, encontramos una constante preocupación realista por evitar los extremos de la ideología racionalista. Portalis nos demuestra que el código se basa en gran parte del derecho y la ciencia jurídica prerrevolucionaria, y observa que es preferible considerar las disposiciones del código como principios o máximas, "*féconds en conséquences*", que deberán ser desarrollados y aplicados por los jueces y otros juristas.

Sin embargo, esta clase de realismo profesional se vio superada de manera fácil y rápida por la retórica de la Revolución y por los excesos del racionalismo prevaleciente.

El código cayó víctima de la ideología revolucionaria y se vio uniformemente tratado como si fuese una expresión consciente de esa ideología, tanto en Francia como en las numerosas naciones de otras partes del mundo que se vieron fuertemente influidas por la Revolución francesa.

En contraste con el carácter esencialmente revolucionario, racionalista y no técnico del Código Napoleónico, el Código Civil alemán de 1896 (en vigor a partir de 1900) tenía una orientación histórica, científica y profesional. Gran parte del crédito (o la culpa) de las diferencias existentes entre los códigos civiles de Alemania y de Francia se debe a Friedrich Karl von Savigny, uno de los nombres más famosos en la historia de la tradición del derecho civil.

La idea de la codificación despertó gran interés en Alemania y otras partes de Europa y América Latina durante la primera parte del siglo XIX. El código francés fue ampliamente admirado y copiado, y más tarde se propuso que Alemania siguiera el ejemplo francés. Pero Savigny y sus seguidores —influidos por Kant, Hegel y el Romanticismo alemán— se opusieron a este esfuerzo, sosteniendo convincentemente una tesis que ganó gran influencia en Alemania. Los defensores de lo que llegó a conocerse como la "escuela histórica" sostenían que Alemania haría mal en tratar de elaborar un código civil basado en los principios del derecho natural secular. En su opinión, el derecho de un pueblo es

un producto orgánico históricamente determinado del desarrollo de ese pueblo, una expresión del *Volkgeist*. En consecuencia, un estudio 39

completo del derecho alemán existente y de su desarrollo histórico era un preludio necesario para la codificación apropiada. Dado que el derecho civil romano interpretado por los juristas italianos medievales había sido recibido formalmente en Alemania varios siglos atrás, un estudio histórico completo del derecho alemán tendría que incluir al derecho romano y al antiguo derecho germánico, así como los elementos más recientes del sistema legal contemporáneo. Bajo la influencia de Savigny y de la escuela histórica, muchos juristas alemanes dedicaron sus energías al estudio intensivo de la historia legal.

La idea de Savigny era que, mediante el estudio exhaustivo del sistema legal alemán en su contexto histórico, los juristas podrían extraer de allí un conjunto de principios históricamente verificados y esenciales. Estas características del derecho podrían estudiarse entonces individualmente, estudiarse en relación con otros principios similares y eventualmente restablecerse en forma sistemática. El resultado sería una reconstrucción del sistema legal alemán de acuerdo con sus principios y rasgos inherentes. Esto proveería a su vez la base necesaria para la codificación del derecho alemán.

Los componentes del sistema legal alemán, en su contexto histórico, llegaron a ser considerados por algunos sucesores de Savigny como una especie de dato natural. Así como podían estudiarse los datos naturales en la biología, la química o la física para determinar los principios más generales de los que eran manifestaciones específicas, podrían estudiarse los datos del derecho alemán a fin de identificar y extraer de ellos los principios inherentes del orden legal alemán de los que eran expresiones específicas. Por lo tanto, la propuesta reconstrucción del sistema legal alemán habría de ser una reconstrucción *científica*. (Esta concepción se analiza más detenidamente en el capítulo X.) Por último, los alemanes estaban convencidos de que no era conveniente ni posible la eliminación de los abogados. Se rechazaba expresamente la idea de que el derecho debiera enunciarse en forma clara y simple, de modo que el lector popular pudiera entenderlo y aplicarlo correctamente. Los alemanes pensaban que

los abogados serían necesarios, que participarían en la interpretación y la aplicación de la ley, y que el código elaborado por ellos debería responder a las necesidades de los juristas.

En consecuencia, el Código Civil alemán de 1896 no tiene nada de revolucionario.

No trataba de abolir el derecho anterior y sustituirlo por un nuevo sistema legal; por el contrario, se trataba de codificar los principios del derecho alemán que surgirían de un cuidadoso estudio histórico del sistema legal alemán. En lugar de tratar de descubrir los verdaderos principios del derecho a partir de ciertos supuestos acerca de la naturaleza del hombre, como lo hicieron los franceses bajo la influencia del derecho natural secular, los alemanes trataron de encontrar los principios fundamentales del derecho alemán mediante el estudio científico de los datos del derecho alemán: el sistema legal alemán existente en su contexto histórico. En lugar de ser un libro de texto para el profano, el Código Civil alemán se consideraba como un instrumento que deberían usar

primordialmente los profesionales del derecho.

¿Significa esto que el Código Civil alemán y el Código Civil francés son totalmente diferentes? No es así. Hay algunas diferencias importantes, pero persisten algunas semejanzas fundamentales. Los alemanes, como los franceses, han incluido en su
40

sistema de derecho y de gobierno una marcada separación de los poderes. El legislador debe elaborar las leyes y el juez no deberá hacerlo. Aunque revelaron una conciencia más refinada de las dificultades de la elaboración de un código completo, coherente y claro, los alemanes trataron de hacer precisamente eso, y por las mismas razones básicas que motivaron a los franceses. El Código alemán desempeñaba también una función unificadora, proveyendo un cuerpo singular de derecho para la nación recientemente unificada. Y como el Código francés, apoyaba así el surgimiento del Estado nacional monolítico.

Un conjunto de ideales y supuestos enteramente diferente se asocia al Código Civil de California o al Código Comercial Uniforme adoptado en todas las jurisdicciones norteamericanas. Aunque tales códigos pueden parecerse mucho a un código fran-

cés o alemán, no se basan en la misma ideología y no expresan la misma realidad cultural.

Cuando existen tales códigos, no pretenden ser exhaustivos. El juez no está obligado a encontrar una base para decidir un caso dado en los términos del código. Además, tales códigos no son de ordinario rechazos del pasado; no tratan de abolir todo el derecho preexistente en su campo, sino de perfeccionarlo y, excepto cuando entre en conflicto con sus propósitos específicos actuales, de complementarlo. Cuando alguna disposición de un código u otro estatuto pudiera entrar en conflicto con una regla del derecho común profundamente arraigada, la tendencia sería la interpretación de la disposición del código de tal modo que se evite el conflicto. "Los estatutos que deroguen el derecho común", de acuerdo con una famosa decisión judicial, "se interpretarán en términos estrictos."

Así pues, las tendencias conservadoras de la tradición del derecho común contrastan

marcadamente con la ideología de la Revolución de donde surgió el espíritu de la codificación del derecho civil. Es esta ideología, más bien que la forma de la codificación, lo que ayuda a unir a las naciones de derecho civil en una tradición legal común. Como la obra de los Glosadores y Comentaristas, recibida junto con el *Corpus Juris Civilis* en Europa, las ideas de los publicistas y juristas europeos de los siglos XVIII y XIX han sido adoptadas, junto con la forma de la codificación europea, en las naciones de derecho civil de América Latina, Asia y África. Esa obra, y la ideología que materializa, tiene una importancia primordial para el entendimiento de la tradición del derecho civil, como veremos en los capítulos siguientes. Principiaremos por la imagen que tiene de los jueces el derecho civil.

41

VI. LOS JUECES

EN EL MUNDO del derecho común sabemos lo que es un juez. Es un héroe cultural, incluso una figura paternal. Muchos de los grandes nombres del derecho común son nombres de jueces: Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo.

Sabemos que nuestra tradición legal se creó originalmente y ha crecido y mejorado en las manos de los jueces que razonan

cuidadosamente entre un caso y otro y construyen un cuerpo de derecho que obliga a los jueces posteriores a decidir los casos similares de manera semejante, a través de la doctrina de *stare decisis*. Sabemos que abunda la legislación en vigor y reconocemos que existe una función legislativa. Pero el derecho común significa para nosotros el derecho creado y modelado por los jueces, y todavía pensamos (a menudo muy erradamente) que la legislación desempeña una especie de función complementaria. En el mundo del derecho común estamos habituados a la revisión judicial de la acción administrativa y en los Estados Unidos se acepta, sin serio cuestionamiento, el poder de los jueces para declarar inválida la legislación inconstitucional. Sabemos que nuestros jueces ejercen facultades de interpretación muy grandes, aunque sea legalmente válido el estatuto o la acción administrativa aplicable. No nos gusta usar frases dramáticas tales como "la supremacía judicial", pero cuando nos vemos presionados, tenemos que admitir que ésta es una descripción correcta del sistema de derecho común, sobre todo en los Estados Unidos.

Sabemos también de dónde vienen nuestros jueces. Sabemos que asisten a la escuela

de derecho y luego siguen carreras exitosas en la práctica privada o en el gobierno, con frecuencia como fiscales. Son designados o elegidos para puestos judiciales de acuerdo con diversos factores que incluyen el éxito en la práctica, su reputación entre sus colegas abogados y la influencia política. La designación o elección para la judicatura llega como una especie de coronación en un momento relativamente avanzado de la vida. Es una forma de reconocimiento que trae consigo respeto y prestigio. El juez está bien pagado y si ocupa los estratos judiciales más altos tendrá secretarios y ayudantes de investigación.

Si ocupa un puesto en el tribunal superior de un estado o un escaño elevado en el poder judicial federal, es posible que su nombre sea ampliamente conocido. Sus opiniones se discutirán en los periódicos y se analizarán y criticarán en las publicaciones legales especializadas. Será una persona muy importante.

Esto es lo que entienden los abogados de derecho común cuando hablan de los jueces. Pero en el mundo del derecho civil, un juez es algo enteramente diferente. Es un servidor público, un

funcionario. Aunque hay algunas variaciones importantes, el modelo 42

general es el siguiente: una carrera judicial es una de varias posibilidades abiertas a un estudiante que se gradúa en una escuela universitaria de derecho. Poco después de su graduación, si quiere seguir una carrera judicial, tomará un examen estatal para aspirantes a la judicatura, y si tiene éxito será nombrado juez menor. (En Francia y otros países, deberá asistir primero a una escuela especial para jueces.) Antes de que transcurra mucho tiempo, será juez en algún escaño bajo de la jerarquía de tribunales. Con el tiempo ascenderá en la judicatura con una rapidez que dependerá de alguna combinación de la capacidad demostrada y la antigüedad. Recibirá incrementos salariales de acuerdo con tarifas preestablecidas y pertenecerá a una organización de jueces que tiene entre sus objetivos principales el mejoramiento de los sueldos judiciales, de las condiciones de trabajo y la inamovilidad.

Es rara la entrada lateral a la judicatura. En algunas jurisdicciones de derecho civil se permite la designación de distinguidos abogados practicantes o profesores a los tribunales superiores (sobre todo a los tribunales constitucionales especiales creados después de la segunda Guerra Mundial), pero la gran mayoría de los puestos judiciales, incluso al más alto nivel, se llenan con jueces salidos de las filas profesionales. Los jueces de los tribunales superiores reciben y merecen el respeto público, pero es la clase de respeto público ganado y recibido por las personas que ocupan puestos altos en otras partes del servicio público.

Una de las razones principales de la posición muy diferente del juez de derecho civil es la existencia de una tradición judicial distinta desde la época romana. El juez *(iudex)* de Roma no era un prominente hombre de leyes. Antes del periodo imperial, era en efecto un lego que desempeñaba una función arbitral presidiendo el arreglo de las disputas de acuerdo con fórmulas provistas por otro funcionario, el *praetor*. El *iudex* no era experto en derecho y tenía un poder muy limitado. Recurría al jurisconsulto en busca de asesoría legal. Más tarde, durante el periodo imperial, la adjudicación de las disputas cayó más y más en manos de funcionarios públicos que también eran diestros en el derecho, pero para esa época se entendía claramente que su función prin-

cipal era la aplicación de la voluntad del emperador. El juez no tenía ningún poder legislativo inherente. Estaba menos limitado en los tiempos medievales y prerrevolucionarios, cuando no era raro que los jueces continentales actuaran de manera muy semejante a la de sus colegas ingleses. En efecto, ése era el problema: estaban interpretando creativamente, construyendo un derecho común que era un rival del derecho del gobierno central de París, e incluso estaban desarrollando su propia doctrina de *stare decisis*.

Con la Revolución, y la consagración del dogma de la separación estricta de los poderes, se restringió categóricamente la función judicial. La insistencia revolucionaria de que la ley se hiciera sólo por una legislatura representativa significaba que los jueces no podrían hacer la ley, de manera directa o indirecta. Una expresión de esta actitud era el requerimiento de que el juez usara sólo "la ley" al decidir una controversia y eso significaba, como hemos visto en el capítulo IV, que no podría basar su criterio en decisiones judiciales anteriores. Se rechazó la doctrina del *stare decisis*. Una expresión 43

extrema del dogma de la separación estricta del poder legislativo y el poder judicial era la noción de que los jueces no debían interpretar la legislación incompleta, conflictiva o confusa. Siempre deberían referir tales cuestiones a la legislatura para su interpretación autorizada. Se esperaba que no se presentarían muchas de tales situaciones, y que después de un periodo breve se corregirían casi todos los problemas y ya no sería necesario recurrir a la legislatura en busca de una interpretación. (En el capítulo siguiente narraremos la historia del abandono de esta posición.)

Surge así una imagen del proceso judicial como una actividad bastante rutinaria. El juez se convierte en una especie de empleado experto. Se le presenta una situación de hecho para la que se encontrará a la mano una respuesta legislativa en todos los casos, excepto los extraordinarios. Su función consiste simplemente en encontrar la disposición legislativa correcta, compararla con la situación de hecho y consagrar la solución que produce la unión en forma más o menos automática. Todo el proceso de la decisión judicial se ajusta al silogismo formal de la lógica escolástica. La premisa mayor se encuentra en el estatuto; los hechos del caso proveen la premisa menor y la conclusión se sigue ine-

vitablemente. En el caso infrecuente de que se demande del juez un trabajo intelectual más refinado, se espera que siga cuidadosamente las instrucciones trazadas acerca de los límites de la interpretación.

La imagen neta del juez es la del operador de una máquina diseñada y construida por

los legisladores. Su función es meramente mecánica. Los grandes nombres del derecho civil no son los de jueces (¿quién conoce el nombre de un juez del derecho civil?), sino de los legisladores (Justiniano, Napoleón, Andrés Bello) y académicos (Gayo, Irnerio, Bartolo, Mancini, Domat, Pothier, Savigny y una multitud de académicos europeos y latinoamericanos de los siglos XIX y XX). El juez del derecho civil no es un héroe cultural ni una figura paternal, como lo es frecuentemente entre nosotros. Su imagen es la de un empleado público que desempeña funciones importantes pero que resultan esencialmente

poco creativas.

Una consecuencia lógica, aunque no necesaria, de la posición tan diferente del juez de derecho civil es el hecho de que no sea muy conocido, ni siquiera entre los abogados.

Sus opiniones judiciales no se leen para estudiar su pensamiento individual y sus prejuicios y sesgos aparentes. Aunque hay algunas excepciones, las decisiones de los tribunales superiores de las jurisdicciones de derecho civil tienden a tener una naturaleza fuertemente colegial. Se anuncian tales decisiones como decisiones del tribunal, sin enumeración de los votos en pro y en contra entre los jueces. En la mayoría de las jurisdicciones, las opiniones concurrentes y disidentes separadas no se escriben o publican, ni se especifican los votos disidentes. Tiende a concebirse al tribunal como una unidad sin rostro. (Como veremos más adelante, hay algunos cambios recientes a este respecto.)

El resultado es que, aunque hay una semejanza superficial entre la función del juez de derecho civil y el juez de derecho común, hay disparidades sustanciales en sus papeles aceptados. El juez de derecho civil contemporáneo hereda una posición y desempeña en

parte funciones determinadas por una tradición que data de la época del *iudex* romano.

44

Esta tradición, en la que el juez no se ha concebido nunca como actor de un papel muy creativo, fue reforzada por la ideología antijudicial de la revolución europea y las consecuencias lógicas de una doctrina racionalista de la estricta separación de poderes. El juez de derecho civil desempeña así un papel sustancialmente más modesto que el juez de la tradición del derecho común, y el sistema de selección y antigüedad de los jueces del derecho civil es compatible con esta posición tan diferente de la profesión judicial.

El establecimiento de constituciones rígidas, así como la institución de la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación en algunas jurisdicciones de derecho civil han modificado hasta cierto punto la imagen tradicional del juez de derecho civil. En algunas jurisdicciones (por ejemplo en Austria, Italia, Alemania, Colombia, Guatemala y España) se han creado tribunales constitucionales especiales. Estos tribunales especiales, que no forman parte del sistema judicial ordinario y no son administrados por miembros de la judicatura ordinaria, se crearon en respuesta a la tradición del derecho civil de que no puede darse tal poder a los jueces (es decir, los jueces *ordinarios*, los sucesores modernos del *iudex* romano y los jueces civiles del *jus commune*). Con la creación de estos tribunales especiales, administrados por jueces especialmente seleccionados, se respeta la tradición, por lo menos formalmente. En efecto, algunos puristas de la tradición del derecho civil sugieren que es un error llamar "tribunales" a tales tribunales constitucionales y "jueces" a sus miembros. De acuerdo con este razonamiento, en virtud de que los jueces no pueden elaborar leyes, y dado que el poder para declarar ilegales los estatutos es una forma de elaboración de leyes, es obvio que estos funcionarios no pueden ser jueces y que estas instituciones no pueden ser tribunales. Pero aun cuando el poder de la revisión judicial reside en los tribunales ordinarios más altos, como ocurre en algunos países latinoamericanos, la imagen tradicional del juez dentro del derecho civil conserva la mayor parte de su vigor. El servicio judicial es una carrera burocrática; el juez es un funcionario, un empleado público; la función judicial es estrecha, mecánica y nada creativa.

No obstante, está claro que la imagen tradicional del juez de derecho civil se está desvaneciendo. La tendencia es hacia un mayor poder y alcance judicial. En algunas jurisdicciones de derecho civil, un juez de procedimiento ordinario puede rechazar la aplicación de un estatuto, si considera que es contrario a la Constitución; en otras, el juez tiene que someter el asunto a un tribunal constitucional. Las acciones de los ejecutivos, legislaturas y jueces nacionales pueden ser revisadas por los jueces de los nuevos tribunales supranacionales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Algunos tribunales constitucionales, como en Alemania, España o Colombia, así como la Sala Constitucional de Costa Rica, tienen un poder y prestigio nacional comparables a la Corte Suprema de los Estados Unidos. En España, Italia y Colombia, entre otros países, los académicos y los medios de comunicación hablan de un protagonismo judicial. Esta tendencia se analizará en los capítulos finales del libro.

45

46

VII. LA INTERPRETACIÓN DE LOS ESTATUTOS

HEMOS visto en los capítulos anteriores que la doctrina de la separación de poderes, llevada al extremo, condujo a la conclusión de que debería negarse a los tribunales toda función interpretativa y éstos quedarían obligados a referir a la legislatura, para su solución, los problemas de interpretación estatutaria. La legislatura proveería entonces una interpretación autorizada para guiar al juez. En esta forma se corregirían los defectos del derecho, se impediría que los tribunales elaboraran leyes y el Estado estaría a salvo de la amenaza de una tiranía judicial. Para el fundamentalista del derecho civil, la interpretación autorizada del legislador era la única clase de interpretación permisible.

El enfoque más cercano a ese ideal, en la historia moderna de una nación grande, es

el intento de Federico el Grande por hacer el derecho prusiano a prueba de jueces, al final del siglo XVIII. Bajo Federico, Prusia adoptó un código que contenía más de 17 000

artículos (mientras que el Código Napoleónico contiene 2 281 artículos). El código prusiano era un esfuerzo por proveer una solución específica, detallada, para las situaciones de hecho específicas, detalladas; se buscaba así un catálogo completo de tales soluciones, a la disposición del juez para cualquier controversia que se le planteara. Al mismo tiempo, se prohibió al juez la interpretación del código. En caso de duda, debería referir la cuestión a una comisión especial de estatutos creada con tal propósito. Si se le comprobaba una interpretación, el juez incurriría en "la gran ira" de Federico y sería severamente castigado. Los historiadores legales alemanes nos dicen que la Comisión de Estatutos nunca desempeñó el papel que le había asignado Federico el Grande; que el código, con todo su detalle, no proveía respuestas obvias para todos los casos, y que los jueces interpretaban sus disposiciones en su trabajo diario. El código de Federico, su comisión y su prohibición de la interpretación judicial se consideraron fracasados.

El desarrollo de la *cassation* francesa (de *casser*, que significa "anular") es el siguiente paso lógico y cronológico. Los defectos e inconvenientes de la dependencia total de la interpretación autorizada se hicieron evidentes para los juristas prácticos de la Francia revolucionaria, quienes sabían que la legislatura se vería inundada de solicitudes difíciles de interpretar, a menudo triviales, y que la respuesta a tales solicitudes sería una tarea agotadora. Pero la legislatura afrontaba un dilema teórico: quizá desearía no decidir una oleada de cuestionamientos de los tribunales, pero no podía permitir que los propios tribunales interpretaran, sin minar, la doctrina de la separación de poderes.

En vista de las circunstancias, se escogió una solución muy explicable. La legislatura creó un nuevo órgano gubernamental y le dio facultades para anular las interpretaciones 47

incorrectas de los tribunales. En los debates legislativos y en las leyes que se promulgaron finalmente, se ponía en claro que el nuevo órgano no formaba parte del sistema judicial, sino que era un instrumento especial creado por la legislatura para proteger la supremacía legislativa de la usurpación judicial. Aunque se parecía mucho a un tribunal y actuaba en forma muy semejante, la legislatura respetaba las apariencias llamándolo la Corte de Casación (en lugar de Tribunal) y describiéndolo como "auprès du

corps législatif". Se satisfacían los requerimientos de la separación de poderes; se preservaba la supremacía legislativa. Los jueces ordinarios no podrían interpretar los estatutos y la legislatura no tenía que encargarse de esa tarea.

Se advertirá que no se esperaba que la Corte de Casación proveyera interpretaciones

autorizadas de los estatutos involucrados en los casos que se le plantearan. Por el contrario, su función original, compatible con su naturaleza separada, no judicial, era sólo la anulación de las decisiones judiciales basadas en interpretaciones incorrectas de los estatutos. Tales casos regresarían luego al poder judicial para su reconsideración y decisión; después de todo, ésa era una función *judicial*. Al revés de lo que ocurre de ordinario en un tribunal de apelación de los Estados Unidos, que no sólo anula la decisión incorrecta de una controversia legal por parte del tribunal inferior, sino que indica también la respuesta correcta a la controversia incorrectamente decidida antes y, en su caso, aplica ese resultado para producir una nueva decisión, la Corte de Casación de Francia se creó para realizar sólo el primero de estos pasos. Sin embargo, por un proceso de evolución gradual pero aparentemente inevitable, la Corte llegó a realizar el segundo paso, al igual que el primero. Así, no sólo indicaba que la decisión judicial estaba errada, sino que también explicaba la interpretación correcta del estatuto. Durante este mismo periodo se perdió de vista el origen no judicial de la Corte y ésta asumió su posición en la cima del sistema de tribunales ordinarios. En Francia, al igual que en Italia y otras naciones que han seguido el modelo francés, es probable que el título completo sea el de Suprema Corte de Casación. Así pues, el tribunal civil y penal de jurisdicción más elevada —administrado por jueces y dotado de la responsabilidad primordial de asegurar la interpretación y aplicación de los estatutos en forma correcta y uniforme por parte de los tribunales civiles y penales inferiores— es el descendiente directo de un tribunal legislativo originalmente creado para mantener la facultad de interpretación fuera del alcance de los jueces.

El paso final de la evolución de tales organismos se ilustra en la institución alemana de la "revisión", en oposición a la casación francesa. El sistema francés se detuvo en el segundo paso: la Suprema Corte de Casación podía anular una decisión basada en

una interpretación incorrecta y podía instruir al tribunal inferior acerca de la interpretación correcta. Pero el caso debía devolverse al tribunal inferior ("recurrido") para la decisión.

Esto era a menudo una mera formalidad que consumía innecesariamente un tiempo valioso y, a veces, surgían problemas más graves porque los jueces inferiores no podían o no querían entender y seguir la interpretación anunciada por la Suprema Corte de Casación. En teoría, tampoco estaban obligados —o siquiera autorizados— a aplicar la decisión del tribunal superior. Hemos visto que un juez debía basar su decisión en la ley, 48

y la opinión de la Suprema Corte de Casación no era, ni es todavía, una fuente del derecho. Así pues, la decisión de la Corte de Casación es, a lo sumo, algo que resulta persuasivo por su razonamiento y por la eminencia de su fuente. Pero si el juez recurrido está convencido de que el derecho ordena otra cosa, deberá sostenerlo así. Gran parte de la historia del proceso de casación, desde la creación de la Corte, es la crónica de tales problemas y de los diversos instrumentos que se han inventado para resolverlos. Para la época en que Alemania se unió bajo Bismarck, los defectos de la casación francesa eran claramente evidentes. Y para esa época, el pensamiento legal europeo había concedido abiertamente que los jueces debían interpretar, en efecto, los estatutos como parte de su trabajo ordinario. No había razón para complicar las cosas innecesariamente, de modo que los alemanes actuaron de manera racional: crearon un tribunal supremo facultado para revisar las decisiones de los tribunales inferiores en lo tocante a su corrección legal, para anular las decisiones incorrectas, indicar la respuesta correcta y "revisar"

consiguientemente la decisión incorrecta.

La evolución iniciada con la discusión del envío obligatorio de la controversia a la legislatura para su interpretación, continuada con la creación de un tribunal legislativo, el surgimiento de una corte facultada para revisar y corregir las interpretaciones de los tribunales inferiores, se ha visto necesariamente acompañada de una aceptación gradual de la facultad de interpretación para los jueces ordinarios. Esta evolución se ha visto acompañada también de una cantidad enorme de discusiones y escritos, en parte para justificar la interpretación de los estatutos por los tribunales; en parte para definir los límites de la facultad de interpreta-

ción, y en parte para especificar la forma en que debería ejercerse esa facultad. Así pues, la abundante literatura existente sobre la interpretación en los países de derecho civil (que equivale aproximadamente a la masa de literatura existente en los Estados Unidos sobre el proceso judicial) es en parte una expresión de incomodidad ante el hecho de que los tribunales están interpretando los estatutos, y en parte una expresión de ansiedad ante la posibilidad de que los tribunales abusen de su facultad de interpretación; sólo en una pequeña proporción se centra en el proceso efectivo de interpretar. Muchos autores han tratado de probar que la interpretación judicial no está realmente en conflicto con la supremacía legislativa y con una separación estricta de los poderes. Quienes se interesan en una definición de los límites de la interpretación se han preocupado por la certeza del derecho y la prevención de la tiranía e irresponsabilidad judiciales. Pocos autores han tratado de ayudar al juez a afrontar la interpretación de los problemas particulares.

Como hemos visto, la ideología revolucionaria suponía que la legislación sistemática sería clara, completa y coherente, reduciendo la función del juez a la mera aplicación de la ley (es decir, el estatuto) a los hechos. Esta concepción simplista del proceso judicial, que tiene un poder sorprendente de supervivencia en la mente de los legos y de algunos abogados, es el equivalente preciso de una actitud simplista hacia el trabajo de los jueces en el mundo del derecho común. Muchos de nuestros legos, e incluso algunos abogados,

siguen creyendo que los tribunales están atados por las decisiones anteriores y que el proceso de descubrimiento y aplicación del precedente al caso debe ser relativamente 49

mecánico. Hay un folclor del funcionamiento del proceso judicial en la tradición del derecho común y en la tradición del derecho civil.

En realidad, es muy improbable que los juristas continentales reflexivos hayan tenido jamás gran confianza en tal visión del proceso legal. Durante el periodo de las revoluciones quizá pareciera importante actuar como si fuese válida la ideología revolucionaria, pero resulta inconcebible que muchos investigadores del derecho llegaran a creer en ella. Es obvio que los hechos difieren marcadamente de tal ideología. Por una parte, la ilusión

del estatuto que se aplica solo, de la norma legislativa tan clara que su aplicación es un proceso automático, quedó despejada hace mucho tiempo por la exposición de los hechos. Desde el periodo revolucionario, los tribunales de derecho civil han conocido y decidido disputas cuya resolución depende del significado que se impute a una disposición legislativa. Tal litigio se apela con frecuencia y las revocaciones de las decisiones de los tribunales inferiores no son raras. Casi no hay un solo artículo de un código civil típico que haya escapado a la necesidad de la interpretación judicial para obtener un significado que no era claro para las partes, para sus abogados o para los propios jueces.

De igual modo, el dogma de que un código puede ser completo y coherente no puede

mantenerse tras un examen superficial de la jurisprudencia (el término del derecho civil para las decisiones judiciales). Los libros están llenos de decisiones en las que el tribunal ha debido llenar las lagunas del esquema legislativo y conciliar estatutos en aparente conflicto. Aunque el texto de un estatuto permanezca inalterado, su significado y su aplicación cambian a menudo en respuesta a las presiones sociales y surgen problemas nuevos que ni siquiera se contemplan en las leyes existentes. El ideal de la certeza en el derecho se vuelve inalcanzable en vista de la incertidumbre que se da de hecho, cuando la determinación de los derechos de las partes debe esperar con frecuencia los resultados del litigio. En la práctica, el juez no se ve relevado por una legislación clara, completa, coherente y previsora, de la necesidad de interpretar y aplicar los estatutos. Al igual que el juez de derecho común, el de derecho civil participa en un proceso vital, complejo y difícil. Debe aplicar estatutos que raras veces, si acaso, son claros en el contexto del caso, por claros que parezcan en abstracto. Debe llenar las lagunas y resolver los conflictos existentes en el esquema legislativo. Debe adaptar el derecho a las condiciones cambiantes. El código no tiene una aplicación evidente, sobre todo para el juez responsable.

A pesar de estos hechos, el folclor de la interpretación judicial ha tenido una persistencia sorprendente en el mundo del derecho civil. En consecuencia, existe una tensión entre el hecho y el folclor, y una literatura abundante trata de preservar el folclor huyendo de los hechos. Típicamente, esa literatura aborda el te-

ma bajo tres rubros: *1)* el problema de interpretación en sentido estricto, es decir, la disposición poco clara; *2)* el problema de las lagunas, es decir, la disposición inexistente, y *3)* el problema de la llamada interpretación evolutiva, es decir, el estatuto cuyo significado cambia mientras que sus términos permanecen constantes. Cada una de estas situaciones es un problema

a causa del requerimiento de que el juez resuelva el caso. El juez no puede decir que la 50

ley no es clara y por lo tanto desecha la acción. El problema de la interpretación en sentido estricto se convierte entonces en una justificación de la decisión del juez, cuando la dirección legislativa no está clara. Esto convierte al juez en legislador para el caso particular y expone a las partes al riesgo de la irresponsabilidad y la arbitrariedad judicial.

La situación es peor en el caso de las lagunas, cuando la legislatura no provee ninguna regla. Aquí, el juez está legislando claramente el caso particular y los peligros resultan más evidentes todavía.

Y cuando, por la interpretación judicial, un estatuto llega a significar algo diferente de lo que significaba en el momento de su promulgación, el papel del juez como legislador parece obvio. La respuesta ortodoxa del derecho civil ante los problemas de la interpretación, se ilustra bien en la disposición del Código Civil italiano de 1942, que se ocupa de la interpretación de los estatutos:

Al interpretar el estatuto, no podrá atribuírsele otro significado que el que deje en claro el significado efectivo de las palabras de acuerdo con las relaciones existentes entre ellas, y la intención de la legislatura.

Si una controversia no puede decidirse por una disposición precisa, se considerarán las disposiciones que regulen casos similares o cuestiones análogas; si el caso sigue en duda, se decidirá de acuerdo con los principios generales del orden legal del Estado.

El primer párrafo de este estatuto (que en sí mismo ha sido objeto de numerosas interpretaciones por parte de los tribunales italianos, lo que ha generado un cuerpo sustancial de interpretación acerca de la interpretación) es la instrucción legislativa para

los tribunales sobre el problema de la interpretación en sentido estricto. El estatuto deberá aplicarse de acuerdo con su significado franco y, si tal significado no está claro, el juez deberá investigar la intención de la legislatura al promulgar el estatuto. Obviamente tales instrucciones al juez dicen demasiado o muy poco. Si está claro lo que quiere decir el estatuto, no hay problema. Si no está claro lo que quiere decir, "el significado efectivo de las palabras" es un espejismo. Las palabras no tienen un significado inherente; quienes las usan les dan un significado, y el problema del juez consiste en aportar un significado cuando no está claro lo que quiso decir el legislador cuando usó las palabras. La búsqueda de la intención legislativa puede ser útil en algunos casos, pero la reconstrucción del proceso histórico de la formación y expresión de la intención de un foro tan complejo como una legislatura representativa, es una empresa muy riesgosa. En un sorprendente número de casos, la historia legislativa mostrará que la legislatura no previó el problema que afronta el juez y, en consecuencia, no tuvo ninguna intención a ese respecto. En efecto, los investigadores convienen generalmente en que la búsqueda no deberá referirse a la intención legislativa real sino a la "intención, el espíritu, el contenido objetivo de la propia norma [es decir, del estatuto]". En consecuencia, admoniciones como las contenidas en el primer párrafo del estatuto italiano, y admoniciones similares dirigidas a los jueces de otros países de derecho civil, no ayudan al juez a resolver el problema del estatuto oscuro. Sólo establecen conjuntos conceptuales compatibles con la visión ortodoxa de la interpretación judicial y dicen al juez que debe articular su resultado en tales términos. No se le dice al juez cómo debe 51

decidir; se le dice cómo deberá enunciar lo que ha decidido.

El segundo párrafo del estatuto instruye al juez acerca del problema de las lagunas. Si no hay ninguna disposición estatutaria que se ocupe precisamente del punto, el juez deberá razonar por analogía con otras disposiciones estatutarias. Si esto no funciona, deberá recurrir a algo llamado "principios generales del orden legal del Estado", una disposición que ha surgido de muchos años de debate ideológico. La referencia análoga del Código Civil austriaco de 1811 eran "los principios del derecho natural". Esa disposición representaba la posición general prevaleciente antes de

la victoria final del positivismo estatal. La idea era que había algo llamado "derecho natural", algo que existía aparte del derecho positivo de cualquier forma de gobierno y fluía de la naturaleza del hombre y los requerimientos naturales del orden en la sociedad. Durante este periodo, el debate principal se planteaba entre las diversas escuelas del derecho natural y, en particular, entre la escuela secular y la escuela católica. A fines del siglo XIX se eliminó de las formulaciones habituales la palabra "natural". Esto era claramente un alejamiento del derecho natural y un acercamiento al positivismo estatal indiscutido, pero todavía no bastaba para acabar con el debate. La formulación del estatuto italiano antes citado ha acallado todas las dudas en Italia. En otras jurisdicciones de derecho civil se tiende también a evitar toda referencia al derecho natural. Por lo que toca al significado de las instrucciones referentes a la resolución del problema de las lagunas, debemos esperar el capítulo X y el análisis de la ciencia jurídica. Veremos allí que esta clase de instrucción al juez es útil sobre todo como un instrumento para la conciliación del folclor de la interpretación judicial con la escuela de pensamiento jurídico dominante en el mundo del derecho civil.

El problema de interpretación más difícil de resolver en una forma consistente con la supremacía legislativa y la separación de poderes es el de la interpretación evolutiva. El fenómeno es bien conocido: un estatuto antiguo, aplicado en la forma tradicional, producirá un resultado claramente indeseable en el caso que se le plantea al juez. No es que la interpretación anterior esté errada; a menudo habrá sido confirmada por el juicio de la Suprema Corte de Casación (o su equivalente). Pero es posible que las circunstancias hayan cambiado tanto que requieren una interpretación diferente en este caso. El problema del juez es que si decide de acuerdo con la interpretación antigua, el resultado del caso será ofensivo para él, para las partes y para la sociedad. Si reinterpreta el estatuto para alcanzar un resultado satisfactorio para él, las partes (por lo menos una de ellas) y la sociedad, estará produciendo el derecho. Por supuesto, el juez puede referirse a la legislatura y negarse a reinterpretar el estatuto, pidiendo a la legislatura que cambie la ley para satisfacer los requerimientos modernos. Pero esto no dejaría satisfechas a las partes y anegaría de trabajo a la legislatura. En consecuencia, en las jurisdicciones

de derecho civil existe el acuerdo general de que los jueces tienen facultades para interpretar de manera evolutiva. La discusión se desplaza así de la legitimidad de esta función a la cuestión de su justificación y sus límites apropiados.

Como sería de esperarse, la postura tradicional de los investigadores sobre este problema de interpretación trata principalmente de demostrar que el juez no está produciendo 52

realmente derecho cuando interpreta evolutivamente.

Como sugerimos antes, gran parte de lo que se ha escrito sobre el tema de la interpretación judicial en el mundo del derecho civil trata de probar la vigente validez del folclor de la interpretación judicial, y muchos profesores enseñan todavía esta postura a los estudiantes de derecho. Más recientemente, se han observado diversas reacciones contra el folclor. Escuelas tales como las de la jurisprudencia de los intereses, de la jurisprudencia sociológica y del realismo legal, entre otras, cuentan con algunos partidarios. En Suiza, el código civil instruye al juez que, cuando fallen todos los auxiliares de la interpretación, deberá emplear la regla que adoptaría si fuese un legislador. En estas y muchas otras formas, está perdiendo terreno el folclor de la interpretación judicial. Sin embargo, muchos creen todavía en él; y quienes no creen en el folclor no pueden pasarlo por alto: deben refutarlo. El folclor de la interpretación judicial es una parte característica de la tradición del derecho civil.

Como vimos antes, las decisiones judiciales no son una fuente del derecho. Se violarían las reglas que prohíben la elaboración de leyes por parte de los jueces, si las decisiones de los tribunales fuesen obligatorias para otros tribunales. En consecuencia, la posición ortodoxa es que ningún tribunal está constreñido por la decisión de ningún otro en una jurisdicción de derecho civil. En teoría, por lo menos, a pesar de que el tribunal más alto se haya ocupado ya de la cuestión y haya indicado una postura clara para su resolución apropiada, el tribunal más bajo de la jurisdicción podrá decidir de otro modo.

Ésta es la teoría, pero los hechos son diferentes. Aunque no hay ninguna regla formal de *stare decisis*, en la práctica los jueces se ven influidos por las decisiones anteriores.

Las decisiones judiciales se publican regularmente en la mayoría de las jurisdicciones del derecho civil. Un abogado que esté preparando un caso buscará otros casos semejantes y los usará en su argumentación; y el juez se refiere a menudo a casos anteriores en su sentencia. Independientemente de lo que diga la ideología de la revolución acerca del valor de los precedentes, el hecho es que los tribunales no actúan, en las jurisdicciones de derecho civil, de manera muy diferente a la de los tribunales de los Estados Unidos en relación con las decisiones registradas. Es posible que el juez se refiera a un precedente porque esté impresionado por la autoridad del tribunal anterior, porque esté convencido por su razonamiento, porque sea demasiado perezoso para analizar el problema por sí mismo, porque no quiera arriesgarse a una revocación en segunda instancia, o por muchas otras causas. Estas son las razones principales del uso de la autoridad en la tradición del derecho común y la ausencia de una regla formal de *stare decisis* carece relativamente de importancia. Quienes contrastan la tradición del derecho civil con la tradición del derecho común por la supuesta ausencia de la autoridad judicial, en el primer caso, y la existencia de una doctrina obligatoria del precedente, en el segundo caso, exageran por los dos lados. Todos saben que los tribunales de derecho civil usan precedentes. Todos saben que los tribunales de derecho común distinguen los casos que no quieren seguir y, a veces, revocan sus propias decisiones.

Estos hechos son obvios y muy conocidos, pero el folclor persiste. Algunos juristas civiles, por lo demás sensatos, olvidan con frecuencia el uso generalizado del precedente 53

por sus propios tribunales, así como algunos abogados del derecho común, igualmente sensatos, con frecuencia simplifican en exceso y distorsionan el uso del precedente por los tribunales de derecho común. La distinción importante entre los procesos judiciales de derecho civil y de derecho común no reside en lo que efectivamente hacen los tribunales, sino en lo que el folclor dominante les dice que hagan. En la tradición ortodoxa del derecho civil, se asigna al juez un papel relativamente menor, nada glorioso, como mero operario de una máquina diseñada y construida por académicos y legisladores. En seguida examinaremos la forma en que esta imagen judicial es reflejada por el hincapié pe-

culiar en la certeza dentro del derecho civil y en la negación de un poder equitativo inherente a los jueces de derecho civil.

54

VIII. CERTEZA Y EQUIDAD

LA BIBLIOGRAFÍA de la tradición del derecho civil hace gran hincapié en la importancia de la certeza del derecho. Por supuesto, la certeza es uno de los objetivos de todos los sistemas legales, pero en la tradición del derecho civil ha llegado a ser una especie de valor supremo, un dogma indiscutible, una meta fundamental. La mayoría de los juristas civiles reconocería que hay algunos valores en conflicto cuya preservación podría requerir cierto sacrificio de la certeza, pero esta cuestión no suele discutirse en tales términos. En el mundo del derecho civil éste es siempre un buen argumento contra la propuesta de un cambio del proceso legal que reduciría la certeza del derecho. En la Italia de Mussolini, por ejemplo, los juristas pudieron resistirse, en nombre de la certeza de la ley, a los intentos de los fascistas por convertir la ley en un instrumento del Estado totalitario. Tras la caída del fascismo y el establecimiento de la República, otros juristas se opusieron a reformas convenientes del sistema legal italiano, de nuevo en aras de la certeza. Es un valor legal abstracto. Como la reina del ajedrez, puede moverse en todas direcciones.

El ideal de la certeza se ha usado para diversos propósitos, pero su aplicación más importante es un reflejo de la desconfianza en los jueces: se prohíbe a los jueces que elaboren el derecho en aras de la certeza. La legislación debe ser clara, completa y coherente en aras de la certeza. El proceso de interpretación y aplicación del derecho debe ser lo más automático posible, de nuevo en aras de la certeza. Así, la insistencia en la certeza expresa el deseo de hacer el derecho a prueba de los jueces.

La certeza legal se reconoce también como algo deseable en la tradición del derecho

común, pero hay tres grandes diferencias. Primero, la certeza suele discutirse en términos más funcionales y no se eleva al nivel del dogma. Se reconoce que, en la medida de lo posible, los individuos deben conocer la naturaleza de sus derechos y obligaciones, y deben ser capaces de planear sus acciones con alguna confianza acerca de las consecuencias legales; pero también se

reconoce ampliamente que la certeza tiene ciertas limitaciones. Segundo, la certeza se logra en el derecho común otorgando la fuerza de la ley a las decisiones judiciales, algo teóricamente prohibido en el derecho civil. La acumulación de decisiones judiciales a través del tiempo, en una jurisdicción, provee una variedad de ejemplos concretos, detallados, de las reglas legales en operación. Estas decisiones, aunadas a las indicaciones de las propias reglas, tienden a aportar mayor certeza acerca del derecho que las meras indicaciones legislativas de las reglas. Así pues, el deseo de certidumbre es un argumento en favor del *stare decisis* en la tradición del 55

derecho común, mientras que en la tradición del derecho civil es un argumento en contra del *stare decisis*. Por último, en el mundo del derecho común (sobre todo en los Estados Unidos) se reconoce más generalmente que la certeza es sólo uno de varios valores legales, los que a veces entran en conflicto entre sí. La certeza implica con frecuencia la rigidez; es posible que el derecho seguro resulte difícil de moldear en respuesta al cambio de las circunstancias o de ajustar a los requerimientos de un caso particular. En el derecho común, la certeza y la flexibilidad se ven como valores que compiten entre sí, de modo que cada uno de ellos tiende a limitar al otro. En el mundo del derecho civil, el valor supremo es el de la certeza, y la necesidad de flexibilidad se percibe como una serie de "problemas" que complican el avance hacia el ideal de un derecho a prueba de jueces.

Por ello, la preocupación descrita en el capítulo anterior, acerca de la interpretación realizada por los jueces, se anuncia con frecuencia en estos términos: si no se controla cuidadosamente a los jueces sobre la manera en que interpretan la legislación, el derecho se volverá más incierto.

Existe la misma actitud general acerca de la equidad. En su sentido general, la equidad se refiere a la facultad que tiene el juez para mitigar la dureza de la aplicación estricta de un estatuto, o para asignar la propiedad o la responsabilidad de acuerdo con los hechos del caso individual. En otras palabras, la equidad es un otorgamiento limitado de facultades al tribunal para que aplique los principios de la justicia en la resolución de una disputa presentada ante él. Es un reconocimiento de que las reglas generales, como las que suelen encontrarse en los estatutos, funcio-

nan a veces de manera dura o inadecuada, y que algunos problemas son tan complejos que la legislatura no puede prever las consecuencias de todas las permutaciones posibles de los hechos. Cuando están involucradas estas clases de problemas, se cree que es preferible dejar el asunto en manos de quien conoce del caso, para que tome una decisión acorde con los principios de la equidad. La equidad es así la justicia del caso individual. Implica claramente el otorgamiento de una facultad discrecional al juez.

Pero en la tradición del derecho civil, ese otorgamiento amenaza a la certeza del derecho. En la teoría jurídica se ha asumido la postura de que los jueces no tienen ninguna facultad equitativa *inherente*. De tiempo en tiempo podrán recibir autoridad para usar la equidad en la resolución de un caso, pero este otorgamiento de poder se hará expresamente y se circunscribirá con cuidado en un estatuto promulgado por la legislatura. Esta cuestión ha generado mucha discusión en el pasado, y todavía ahora es fuente de controversia entre los juristas de derecho civil, pero la posición dominante sigue siendo que, en aras de la certeza, los jueces deberán quedar cuidadosamente restringidos en el ejercicio de la equidad.

Así pues, el derecho civil ha sacrificado la flexibilidad en aras de la certeza. En cambio, el derecho común tiende a equilibrar mejor la balanza entre ambos valores. En los dos capítulos anteriores hemos expuesto algunas de las razones de esta diferencia de actitudes. Pero hay una causa adicional: la existencia en Inglaterra, durante varios siglos, de un sistema separado de tribunales de la corte de justicia y un cuerpo separado de principios legales llamado equidad.

56

Los conquistadores normandos de Inglaterra, en la Batalla de Hastings, decidieron pronto la centralización del gobierno, incluida la administración de justicia. Crearon tribunales reales y un sistema de justicia real que gradualmente desplazó a los antiguos tribunales y reglas feudales. En el proceso de centralización de la justicia inglesa, los jueces de los tribunales reales desarrollaron procedimientos nuevos y también un cuerpo de derecho sustantivo aplicable, por lo menos en teoría, a todos los ingleses. Por esta razón se le llamó derecho común. El derecho común, al principio dinámico y creativo, se convirtió finalmente en un con-

junto rígido, circunscrito, de procedimientos y recursos aplicados de acuerdo con reglas técnicas inflexibles. El derecho común quedó limitado por fórmulas y reglas. Pero un individuo insatisfecho con el remedio que le ofrecían los tribunales reales, o que quisiera quejarse por la injusticia de una decisión, siempre podría recurrir al rey. El rey tenía facultades para variar la operación de su sistema de justicia sobre la base de tales peticiones (una facultad que tiene un equivalente remoto, en la actualidad, en el poder de un primer mandatario para perdonar y conmutar).

De tiempo en tiempo, el propio rey consideraba y actuaba sobre tales peticiones, pero poco después ya había delegado la tarea a un funcionario, llamado el canciller. Este funcionario (a menudo llamado "la conciencia del rey") quedó facultado para variar la operación del derecho en aras de la justicia. Por supuesto, había muchas quejas acerca de los abusos, reales o imaginarios, de esta facultad discrecional y acerca de la incertidumbre involucrada. En una época había un proverbio popular en el sentido de que la justicia se medía por la longitud del pie del canciller. Pero a medida que el proceso de escuchar las peticiones de defensa contra el derecho y de actuar al respecto se volvía más institucionalizado y formalizado, y a medida que el volumen de los asuntos se volvía lo suficientemente grande como para requerir asistentes que ayudaran al canciller a decidir, el otorgamiento discrecional de defensa contra la operación del derecho se volvió más y más una función judicial. Se desarrollaron formalidades, reglas de procedimiento y reglas sustantivas para regular la presentación de peticiones al canciller y su acción al respecto. Gradualmente, el canciller se convirtió en un tribunal de la corte de justicia, y las reglas aplicadas en los procedimientos de la misma se transformaron en un cuerpo de derecho separado, llamado equidad en reconocimiento de los orígenes históricos del tribunal de la corte de justicia.

Así pues, durante varios siglos existieron en Inglaterra dos sistemas de justicia separados: los tribunales legales y el derecho común, por una parte, y los tribunales de la corte de justicia y la equidad, por otra parte. En general, durante su existencia separada, la jurisdicción del tribunal de la corte se limitaba al alivio de la severa operación de algunos aspectos del derecho común y la provisión de recursos en los casos en que se consideraba inade-

cuado el remedio del derecho común. Finalmente, se abolieron los sistemas separados de tribunales y del derecho y la equidad, y se fusionaron las jurisdicciones y los principios. En consecuencia, la tradición sobreviviente del derecho común está integrada por el derecho común original y la influencia moderadora de la equidad.

Un investigador del derecho comparado ha observado que el derecho civil de hoy es

57

lo que sería el derecho común si nunca hubiera existido un tribunal de la corte de justicia en Inglaterra. Tiene cierta base histórica esta afirmación, porque en la tradición del derecho civil no ha existido, desde el inicio del periodo romano, nada semejante a la influencia suavizadora y liberalizadora del tribunal de la corte de justicia. Pero en términos más concretos, dos contribuciones específicas de la equidad a la tradición del derecho común ayudan a explicar las diferencias existentes entre la tradición del derecho común contemporáneo y la tradición del derecho civil. Tales son la discreción judicial y el poder de rebeldía civil.

Por lo que toca a la discreción judicial, los jueces de derecho común tienen tradicionalmente facultades equitativas: pueden adaptar la decisión del caso a los requerimientos de los hechos, doblar la regla cuando sea necesario para alcanzar una justicia sustancial, e interpretar y reinterpretar para lograr que el derecho responda al cambio social. Estas facultades no se consideran amenazas a la certeza del derecho; en efecto, la certeza se logrará mediante la doctrina del *stare decisis*, que es en sí misma una doctrina judicial. Las dificultades de la racionalización de la demanda de certeza y la justicia del caso individual se convierten así en problemas que los propios jueces deben resolver. No existe sobre este punto ningún conflicto entre el poder judicial y el poder legislativo del gobierno. En el derecho común el juez puede ejercer su discreción, pero también debe aceptar la principal responsabilidad operativa de la certeza y la estabilidad del derecho.

Por lo tanto, el juez de derecho común se ve menos restringido que el juez de derecho civil, por las actitudes prevalecientes, de modo que no tiene que encerrar la disputa en una caja construida por el legislador. Aunque el caso demande la aplicación de un

estatuto, el juez de derecho común tiene cierto poder para ajustar la regla a los hechos. Si la caja provista por la legislatura no se ajusta, el juez puede hacerle algunos cambios menores para ajustarla. Este poder es mayor aun cuando el derecho aplicable es el precedente, una caja construida por uno o más jueces anteriores. En el mundo del derecho civil, por el contrario, si los hechos no se ajustan a la caja, deberán distorsionarse para que se ajusten. En teoría, es siempre la legislatura quien construye la caja.

Una cosa es decir que el juez de derecho civil carece de un poder equitativo inherente. Esa aseveración es válida mientras sea la teoría prevaleciente. Otra cosa muy diferente es acusar al derecho civil de ser menos equitativo que el derecho común. Puede demostrarse que tal aseveración es falsa. En efecto, podría argüirse (y se ha argüido) que el derecho civil ha desarrollado en algunos campos del derecho un cuerpo de reglas sustantivas más equitativas que las del sistema anglo-norteamericano. No nos ocupamos aquí de la justicia relativa sino de la distribución del poder entre la legislatura y los tribunales. En la tradición del derecho común, el juez tiene un poder equitativo inherente.

En la tradición del derecho civil, ese poder corresponde a la legislatura. La forma en que la legislatura ejerce ese poder, y el efecto resultante sobre la judicatura, provee un ejemplo excelente del contraste existente entre la teoría y la práctica del proceso legal en la tradición del derecho civil.

58

La teoría es que la legislatura ejerce su poder equitativo en una de dos formas principales: puede delegar específicamente ese poder al juez, en situaciones cuidadosamente definidas, o puede promulgar reglas de equidad para que el juez las aplique al igual que otras reglas. Encontramos un ejemplo del primer tipo en el artículo 1226 del Código Civil italiano: si no puede probarse el monto preciso del daño resentido por el actor a resultas del incumplimiento de una obligación por parte del demandado, el juez fijará tal monto de acuerdo con los principios de la equidad. Vemos un ejemplo del segundo tipo en el artículo 1337 del mismo código: las partes de un contrato deberán actuar de buena fe en la negociación y formación del contrato. Todo código civil moderno, en cualquier parte del mundo del derecho civil, contendrá varias de tales disposiciones.

No se requiere mucha imaginación para advertir que el segundo tipo de estatuto transfiere al juez una gran porción de poder equitativo indefinido. Es cierto que la legislatura

ha actuado y que su acción se expresa como una regla de derecho sustantiva, pero los términos son tan amplios ("la buena fe", que no se define en el código, tiene un área de aplicación potencial casi ilimitada) que el juez casi no se encuentra constreñido por la formulación legislativa. El significado de ese estatuto depende de lo que hagan con él los jueces en casos concretos. Lo que hagan los jueces en casos concretos se vuelve una ley de hecho, aunque no en teoría. Un abogado que desee adivinar el efecto que tendrá la aplicación de ese estatuto recurrirá de inmediato a las decisiones registradas en las que haya sido aplicado por los tribunales. La legislatura no ha provisto la caja; en efecto, les ha dicho a los jueces que hagan la caja ellos mismos.

La práctica de la delegación de facultades a los tribunales mediante una legislación que emplea cláusulas generales de esta clase es común en el mundo del derecho civil, aunque varía ampliamente la medida en que los jueces han ejercido conscientemente ese poder. El artículo 1382 del Código Napoleónico establece que aquel cuyo acto perjudique a otro, deberá indemnizarlo por el daño. Los tribunales franceses han elaborado todo un cuerpo de derecho penal sobre la base de ese artículo. El artículo 242 del *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* alemán exige que una persona cumpla su obligación en la forma requerida por la buena fe. Los tribunales alemanes han empleado este estatuto para crear un cuerpo inmenso de derecho nuevo sobre el cumplimiento de las obligaciones. En el proceso, ambos conjuntos de tribunales han desarrollado actitudes funcionales hacia el derecho de casos particulares, que se asemejan a las de los tribunales del derecho común en mayor medida que lo señalado por la teoría existente. Los tribunales alemanes han sido particularmente abiertos a ese respecto, y su utilización del artículo 242 para abordar algunos de los problemas derivados de la desastrosa inflación alemana de la primera posguerra, constituye un ejemplo del activismo judicial que parece extremoso, incluso a los duros realistas jurídicos. La referencia

obligatoria a una "fuente del derecho" en tales decisiones es un ritual vacío que tiene escaso efecto limitante sobre los jueces y, dado el rechazo del *stare decisis*, no puede contribuir mucho a la certeza.

Al mismo tiempo, el cumplimiento de los deseos del régimen nazi por parte de los jueces alemanes suele compararse desfavorablemente con la resistencia más eficaz de los 59

jueces italianos ante los fascistas. De acuerdo con este argumento, los jueces alemanes habían optado agresivamente por la discreción judicial a expensas de la certeza de los años veinte, a fin de justificar el uso de cláusulas generales y seguir la teoría propuesta por la escuela de juristas del "derecho libre". Los jueces italianos conservaron su enfoque tradicional, que hacía hincapié en la certeza, y aplicaban la discreción en medida muy limitada. Cuando la oscuridad cayó, los jueces alemanes no pudieron defender el orden legal recurriendo a la importancia de la certeza. Al revés de los italianos, habían abandonado abiertamente ese principio. Carece de importancia que nos convenza o no esta versión de la historia. El hecho de que muchos crean en ella nos da cierta idea de la continua vitalidad de la apelación a la certeza y la continua desconfianza de la discreción judicial que encontramos incluso en la más liberada de las naciones de derecho civil.

Otra contribución importante de la equidad a la tradición del derecho común es la facultad del desacato civil. Ésta es la facultad de un tribunal para castigar en un caso civil (es decir, no penal) a una persona que no respete la orden de un tribunal de realizar o dejar de realizar un acto. La idea es que el tribunal puede ordenar a una persona que haga algo o que no haga algo, y castigarla si desobedece la orden. La facultad de desacato se utiliza para diversos propósitos en el derecho común. Alguien que viva cerca de un aeropuerto y se vea molestado por los aviones que vuelan demasiado bajo sobre su propiedad, puede obtener una orden que prohíba los vuelos por debajo de cierta altura.

Si la orden es desobedecida, el tribunal podrá castigar al infractor. Alguien que ha prometido entregar una tierra a otro, y que luego se niega a hacerlo, puede ser obligado por el tribunal a cumplir su promesa y, si se rehúsa, puede ser castigado. Un grupo de trabajadores que ilegalmente realiza manifestaciones contra un patrón puede recibir la orden de cesar su acción, y los funcionarios responsables del sindicato pueden ser castigados si las manifestaciones no cesan. Es muy grande la diversidad de situaciones en las que se utilizan tales órdenes, dirigidas a los individuos, como un recurso del derecho común. El poder que se encuentra detrás de estas órdenes es la facultad del tribunal para castigar a los individuos por su desobediencia: la facultad del desacato.

En la tradición del derecho civil no existe la facultad del desacato civil. Se desconoce el poder general para enviar órdenes a personas específicas y castigarlas por su desobediencia. Los franceses tienen algo que llaman *astreinte* y que parece ser, en forma limitada, un equivalente funcional de la facultad de desacato; en el derecho alemán puede encontrarse también algo parecido a la *astreinte*. La *astreinte* francesa, en particular, ha sido recientemente expandida por la legislación, pero es todavía apenas una pálida imitación de las amplias facultades del juez de derecho común. A principios del siglo XX, México desarrolló el amparo, un procedimiento especial para la protección de los derechos constitucionales que se ha exportado a otros países de América Latina, a veces con nombres diferentes (*mandado de segurança* en Brasil, tutela en Colombia, amparo en Venezuela y otros países centroamericanos). El amparo es un poderoso mandato judicial que puede ser exigido por el poder de desacato que los jueces usan cada vez más en América Latina.

La idea misma de otorgar a un tribunal la facultad general de obligar a los individuos, 60

en acciones civiles, a que hagan o se abstengan de hacer ciertos actos bajo la pena de prisión, de multa o de ambas cosas, repugna a la tradición del derecho civil. Por una par-

te, es incompatible con la demanda de certeza; otorga al juez facultades mucho mayores que las que debiera tener en opinión de los juristas de derecho civil. Además, las multas y la prisión por la desobediencia de órdenes aparecen ante los juristas de derecho civil más como castigos penales que como castigos civiles. En consecuencia, se piensa que las salvaguardias sustantivas y procesales incluidas en el derecho penal y el derecho procesal penal son necesarias de ordinario antes de la imposición de castigos a los individuos. Tales salvaguardias no existen en el derecho no penal. Por último, la facultad de castigar el desacato civil no parece necesaria para la administración de la justicia en la tradición del derecho civil. Se supone que la propiedad del individuo responderá por sus obligaciones. El poder del tribunal civil se limita de ordinario a la imposición de sentencias monetarias, basadas en la autorización estatutaria expresa, excepto en una clase de casos. En la situación excepcional, el tribunal civil puede ordenar la ejecución de un acto, pero sólo cuando el acto es tal que puede ser realizado por una tercera persona, el llamado "acto fungible". El costo de la realización podrá cargarse entonces al demandado y, si es necesario, el juez podrá dar al acto la importancia legal apropiada.

Por ejemplo, cuando alguien que está legalmente obligado a hacerlo no expide el instrumento necesario para la transmisión de la tierra, el tribunal podrá ordenar que se elabore el instrumento apropiado y darle el efecto legal necesario.

El diferente hincapié que se hace en la certeza, así como la presencia o ausencia de la discreción judicial y el poder de desacato inherentes, ejemplifican así las diferencias fundamentales existentes entre los papeles de los jueces en las dos tradiciones legales.

Revelan la medida en que el juez de derecho civil se encuentra limitado todavía por diversas influencias históricas, sobre todo por la imagen del proceso judicial que surgió en el periodo de la Revolución francesa y por el refinamiento

de tal imagen que ocurrió bajo la influencia de la ciencia jurídica, de la que enseguida nos ocuparemos.

61

IX. LOS ACADÉMICOS

HEMOS visto que, en general, el papel del juez de derecho civil se considera mucho más restringido y modesto que el papel del juez de derecho común. Se puede hablar razonablemente del derecho común como un derecho de los jueces, pero nadie pensaría

en usar tales términos en el caso del derecho civil. La imagen del *iudex* romano, los supuestos abusos perpetrados por los jueces bajo el régimen antiguo y la concepción del papel de los jueces que surgió en Francia durante la Revolución, convergen para limitar lo que se supone que deben hacer los jueces. El positivismo legislativo, el dogma de la separación de poderes, la ideología de la codificación, la actitud hacia la interpretación de los estatutos, el énfasis peculiar en la certeza, la negación de una facultad equitativa inherente en el juez y el rechazo de la doctrina de *stare decisis*, tienden a disminuir al juez y a glorificar al legislador.

Podríamos suponer entonces que el protagonista del proceso legal en la tradición del

derecho civil es el legislador. En efecto, durante cierto tiempo se esperaba que la legislatura produciría cuerpos de leyes completos, coherentes y claros, de modo que la interpretación sería innecesaria. El abandono del dogma de la infalibilidad legislativa ha sido un proceso lento, renuente. Ahora, se admite que los tribunales de derecho civil tengan una función interpretativa, pero se conserva la ficción de que, al realizar esa función, el juez no crea derecho sino que sólo busca y sigue la intención expresa o implícita del legislador. Todo esto sugiere que el legislador de derecho civil ocupa la posición dominante que corresponde al juez en la tradición del derecho común. Es posible que esto haya sido cierto durante breves periodos de la historia de la tradición

del derecho civil, pero los legisladores se encontraron nuevamente en la sombra de los hombres que eran primordialmente responsables de la teoría del Estado nacional moderno, de las doctrinas del positivismo legislativo y la separación de poderes, de la forma, el estilo y el contenido de la codificación, y de la concepción dominante de la naturaleza de la función judicial. El profesor-investigador es el verdadero protagonista de la tradición del derecho civil. El derecho civil es un derecho de los profesores.

En cambio, aunque quizá esté creciendo la influencia de los profesores de derecho y

los investigadores jurídicos en los Estados Unidos, los jueces ejercen todavía la influencia más importante para la determinación del crecimiento y el desarrollo del sistema legal estadunidense. Además, la ideología prevaleciente supone que los jueces desempeñan ese papel y los propios jueces están conscientes de lo que se espera de ellos. La tradición del investigador como una fuerza en el desarrollo del derecho común es muy reciente y 62

todavía muy débil. El derecho común es aún un derecho de los jueces.

En la tradición del derecho civil es muy antigua la preeminencia del investigador académico. Se considera que el jurisconsulto romano —que asesoraba al pretor y al juez, y era reconocido como un experto en materia de derecho, pero no tenía ninguna responsabilidad legislativa ni judicial— fue el fundador de esta tradición académica. Sus opiniones tenían gran peso y, durante el segundo siglo de la era cristiana, eran obligatorias para los jueces las opiniones de ciertos jurisconsultos. Sus opiniones se anotaban por escrito, se recopilaban y se trataban como autoridades. Gran parte de la porción más importante del *Corpus Juris Civilis* —algunas partes del *Digesto* y todas las *Institutas*—

está integrada por la obra de los jurisconsultos.

Tras el resurgimiento del derecho romano en Italia, los responsables del resurgimiento y el desarrollo del *jus commune* medieval fueron académicos. La obra de los Glosadores y los Comentaristas, sumada al *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, formaba el cuerpo del derecho romano recibido por toda Europa occidental. Durante este periodo, los tribunales de algunos lugares otorgaban una autoridad obligatoria a las respuestas dadas por los académicos a ciertos problemas legales, una práctica análoga al uso que se daba a los jurisconsultos durante el periodo clásico del derecho romano. En Alemania, por ejemplo, hubo una época en que los tribunales enviaban con frecuencia los casos a las facultades de derecho para su decisión. Muchos de los códigos elaborados en Europa y América latina durante el siglo XIX fueron obra de los académicos, y todos ellos se basan en las obras de generaciones anteriores de académicos. El gran debate acerca de la codificación en Alemania fue iniciado y conducido por académicos. En Italia, que en muchos sentidos es el arquetipo de la jurisdicción de derecho civil, varios primeros ministros y presidentes han sido profesores e investigadores jurídicos.

Resulta instructiva la revisión del papel de los académicos en los dos grandes periodos legislativos de la historia de la tradición del derecho civil: el de Justiniano y el de la codificación del siglo XIX. Se recordará que Justiniano estaba muy interesado en la obra de los académicos. En su opinión, la masa acumulada de los escritos jurídicos era una fuente innecesaria de confusión y dificultad. Pero no propuso la abolición de la autoridad de todos los jurisconsultos. Por el contrario, quería seleccionar, en la masa existente de investigaciones jurídicas, lo que valiera la pena preservar. Éste fue uno de los encargos que hizo a la comisión designada para la compilación del *Corpus Juris Civilis*, una comisión integrada sólo por académicos. El *Digesto*, que es la parte más grande e importante del *Corpus Juris Civilis*, es en gran medida una compilación de la obra de jurisconsultos roma-

nos. Las *Institutas*, otra parte del *Corpus Juris Civilis*, se basan en un libro de texto sobre el derecho romano que lleva el mismo título, escrito por Gayo, un académico.

Incluso, el movimiento de la codificación francesa utilizó ampliamente la obra de los académicos, aunque el propio Napoleón participó de manera activa en su elaboración y promulgación. La redacción de los códigos franceses se puso en manos de comisiones integradas por abogados practicantes y jueces; pero estas comisiones estaban dominadas por la obra de los académicos (sobre todo la de Robert Pothier), y los cambios que la 63

legislatura hacía a sus proyectos eran apenas variaciones menores dentro del gran diseño académico de los comisionados. Una gran parte de la ideología de la codificación francesa provino de fuentes académicas y filosóficas, incluidas las obras de hombres como Puffendorf y Montesquieu. Esta ideología dominó más tarde la interpretación y la aplicación de los códigos en Francia, y se adoptó en las naciones de derecho civil que redactaron sus códigos de acuerdo con el modelo francés, de nuevo, bajo la influencia de hombres ilustrados (como los latinoamericanos Andrés Bello, Texeira da Freitas y Vélez Sarsfield). Como veremos, la codificación alemana estaba todavía más dominada por los académicos.

¿Cómo se explica entonces la curiosa ambivalencia del legislador hacia el académico?

Por ejemplo, ¿por qué prohibió Justiniano la elaboración de comentarios sobre el *Corpus Juris Civilis?* Sólo podemos conjeturar. Es posible que su deseo de restaurar el derecho romano clásico de un periodo anterior, más grande, se haya visto acompañado del temor de que los comentarios elaborados durante su vida o en alguna época posterior tuviesen una calidad inferior. Como gran parte de la obra excluida del *Corpus Juris Civilis*, tales comentarios serían inferiores al academicismo del periodo clásico. Otra posibilidad es que Justiniano haya pensado que su compilación representaba

la perfección, de modo que todo comentario sólo podría restarle méritos. Tercero, como emperador del Imperio romano, Justiniano veía al *Corpus Juris Civilis*, oficialmente promulgado por él, como el cuerpo de derecho reinante en el imperio, y creía que los comentarios a su legislación podrían disminuir su autoridad. Por supuesto, la prohibición de Justiniano contra la publicación de comentarios fue desoída en su propia época.

Aunque no trató de prohibirlos, Napoleón esperaba que no se publicarían

comentarios sobre su código civil. Esta esperanza, como la orden de Justiniano, fue ineficaz. Según una historia muy conocida, cuando se informó a Napoleón que se había

publicado el primer comentario, exclamó: "Mi código está perdido". Una razón de tal afirmación era la ilusión de que el código era tan claro, completo y coherente que todo comentario resultaría superfluo. Otra razón era el temor de que, una vez que el código cayera en las manos de los jurisconsultos, disminuiría su utilidad como un libro de derecho popular para los ciudadanos franceses. También pudo haber influido el temor a la tendencia de los académicos a pensar en términos conservadores, históricos. Napoleón quería que su código trascendiera las antiguas divisiones regionales y sirviera de base a un orden legal completamente nuevo. Se derogaron todas las leyes existentes sobre los temas cubiertos por el código, pero la nueva ley tenía que estar protegida contra la interpretación de acuerdo con las ideas legales prerrevolucionarias, para que tal derogación fuese eficaz. Era improbable que los académicos convinieran con el abogado patriótico que solía decir: "No sé nada de derecho civil; sólo conozco el Código Napoleónico".

Así pues, tanto Justiniano como Napoleón llamaron a prominentes juristas para que se encargaran de la muy complicada tarea de elaborar el proyecto de reformas legales de largo alcance. Pero temían la influencia de los acadé-

micos sobre sus reformas. En el mundo del derecho civil se encuentran con frecuencia otras manifestaciones de la 64

desconfianza legislativa hacia la investigación jurídica. En la Italia contemporánea, por ejemplo, la legislatura ha dicho a los tribunales que en sus opiniones no deberán citar libros ni artículos. En consecuencia, los jueces italianos, fuertemente influidos por la jurisprudencia, utilizan las ideas que les sugieren los académicos sin citarlos y se refieren en forma muy general a "la doctrina", que es el término empleado por el derecho civil para hacer referencia a los libros y artículos escritos por los jurisconsultos. Esta evasión fácil de la orden del parlamento italiano es sólo otro ejemplo de la inutilidad de los esfuerzos legislativos por eliminar o aun reducir la influencia del académico en el mundo del derecho civil. A pesar de los esfuerzos legislativos por contenerlo, el gran río de la jurisprudencia continúa en la tradición del derecho civil, proveyendo la ideología y el contenido básico de la legislación y, a veces, superándola.

Empezamos a entender la verdadera importancia del académico de derecho civil cuando observamos un libro típico sobre la historia legal continental. Gran parte de lo que se llama la historia legal en la tradición del derecho civil resulta desconcertante para el abogado de derecho común que la aborda por primera vez. Está acostumbrado a concebir la historia legal como una relación de las reglas e instituciones legales en su contexto histórico, económico y social. La historia legal que lee está llena de grandes casos, estatutos ocasionales y eventos históricos. Pero cuando examina un libro de historia legal de la tradición del derecho civil, es probable que lo encuentre, en su mayor parte, destinado a una discusión de las escuelas del pensamiento jurídico y de las disputas entre los jurisconsultos y sus seguidores. Leerá acerca de los Glosadores, los Comentaristas, los Humanistas, de las diferencias existentes entre los académicos franceses del siglo XVIII y del debate entre Savigny y Anton Thibaut sobre la codificación en Alemania. En general, es

una forma peculiar de la historia intelectual, casi totalmente aislada de la historia socioeconómica, por una parte, y de la discusión del origen y el desarrollo de instituciones legales específicas, por la otra. El protagonista de esta forma de la historia legal es el jurisconsulto, y su tema son las corrientes de pensamiento acerca de la estructura y la operación del orden legal.

Esto es lo que queremos decir cuando afirmamos que el jurisconsulto es el gran hombre del derecho civil. Los legisladores, ejecutivos, administradores, jueces y abogados caen bajo su influencia. El jurisconsulto moldea la tradición del derecho civil y los materiales formales del derecho en un modelo del sistema legal. Enseña este modelo a los estudiantes de derecho y escribe al respecto en libros y artículos. Los legisladores y los jueces aceptan su idea de lo que es la ley, y cuando elaboran o aplican la ley, usan los conceptos elaborados por el jurisconsulto. Así pues, aunque la jurisprudencia no es una fuente formal del derecho, la doctrina tiene una autoridad inmensa.

En los Estados Unidos, donde la legislatura es también suprema en teoría, hay un proverbio muy conocido (inventado por un juez) en el sentido de que el derecho es lo que los jueces dicen que es. Debidamente entendida, ésta es una enunciación realista de los hechos. El juez tiene que decidir cómo caracterizar un problema legal que se le plantee, cuáles principios del derecho aplicará al problema y cómo los aplicará para llegar a una sentencia. Independientemente de que los principios que escoja estén

65

materializados en la legislación o en decisiones anteriores, sólo cobran un significado sustantivo en el contexto de un problema específico, y el significado que se les atribuye en ese contexto es inevitablemente el significado aportado por el juez. En un sentido similar podemos decir razonablemente que el derecho, en una jurisdicción de derecho civil, es lo que los académicos dicen que es. Pasemos ahora a una

descripción del concepto del derecho desarrollado y perpetuado por los académicos en los países de derecho civil.

66

X. LA CIENCIA JURÍDICA

EN LAS jurisdicciones de derecho común, los jurisconsultos contemplan el derecho como todo el mundo. Así ocurría en Bolonia tras el resurgimiento de los estudios del derecho romano, donde el punto de vista dominante acerca de lo que es el derecho y cómo debe

estudiarse y enseñarse fue desarrollado por los llamados Glosadores. Al mencionar la obra de los Glosadores hacemos referencia a sus objetivos, sus métodos y su imagen del proceso legal, así como a sus opiniones sobre problemas legales específicos.

A medida que se desvanecía la influencia de los Glosadores, aumentaba la de otro grupo de académicos: el de los Comentaristas. La concepción del derecho de los Comentaristas, y su método de estudio y enseñanza del derecho, llegaron a llamarse Estilo Italiano *(mos italicus).* A los Comentaristas y el estilo italiano siguieron los Humanistas y el Estilo Francés *(mos gallicus)*, y más tarde surgieron otras escuelas. En todo momento de la historia de la tradición del derecho civil, varios puntos de vista diferentes competirán entre sí, pero uno u otro tenderán siempre a dominar. El mundo del derecho civil contemporáneo se encuentra todavía bajo el influjo de una de las escuelas de pensamiento más poderosas y coherentes en la historia de la tradición del derecho civil. La llamamos la ciencia jurídica. Es el quinto componente de la tradición del derecho civil (después del derecho civil romano, el derecho canónico, el derecho mercantil y el legado del periodo revolucionario) y el último que trataremos en este libro (en el capítulo XX analizaremos una sexta subtradición naciente).

La ciencia jurídica es primordialmente la creación de los jurisconsultos alemanes de mediados y fines del siglo XIX, y

evolucionó naturalmente a partir de las ideas de Savigny. Como se explicó en el capítulo IV, Savigny sostenía que la codificación alemana no debería seguir el pensamiento racionalista y secular del derecho natural que caracterizaba a la codificación francesa. Creía Savigny que un sistema legal satisfactorio tenía que basarse en los principios del derecho que habían tenido vigencia histórica en Alemania. Por lo tanto, un paso preliminar necesario para la codificación era un estudio exhaustivo del orden legal, para identificar y enunciar correctamente estos principios y ordenarlos en un sistema coherente.

En virtud de que el derecho privado y, en particular, la parte que hemos llamado el derecho civil romano, se consideraba el meollo del sistema legal, los académicos legales concentraron sus esfuerzos en el estudio y la renovación de los principios del derecho civil romano recibido en Alemania y modificado por la adición de elementos germánicos.

Concentraron su estudio en el *Digesto* (en alemán *Pandekten*, del latín *Pandectae*) de 67

Justiniano, y por esta razón se les llamó Pandectistas. Estos académicos elaboraron tratados muy sistemáticos, basados en los principios que extrajeron de su estudio del derecho romano. El *Digesto* había sido estudiado sistemáticamente durante varios siglos, pero los alemanes de mediados del siglo XIX llevaron ese estudio a su nivel más alto y sistemático. Su obra culminó con la publicación de tratados influyentes y con la promulgación, impulsada por la unificación de Alemania bajo Bismarck en 1871, del Código Civil alemán de 1896 (el *BGB*). Los tratados y el *BGB* fueron influyentes en todo el mundo del derecho civil (y también, hasta cierto punto, en el mundo del derecho común, donde hubo una oleada de entusiasmo por la ciencia jurídica). Los métodos y los conceptos desarrollados por los académicos alemanes se aplicaron a otros campos del derecho, tanto privado como público, de modo que llegaron a dominar la jurisprudencia.

A pesar de diversas críticas y reacciones en su contra, desde la época de Savigny hasta el presente, la ciencia jurídica continúa influenciando el pensamiento de los académicos de derecho civil y, por ende, el de otros juristas, en la tradición del derecho civil.

El concepto de la ciencia jurídica se basa en el supuesto de que los materiales del derecho (estatutos, regulaciones, reglas consuetudinarias, etc.) pueden contemplarse como fenómenos que ocurren naturalmente, o como datos a partir de cuyo estudio podrá

descubrir el jurisconsulto los principios y las relaciones inherentes, así como el científico físico descubre leyes naturales a partir del estudio de los datos físicos. Como dijera un prominente académico alemán de la época, Rudolph Sohm: "El proceso científico, a través del cual se descubren principios que no están inmediatamente contenidos en las fuentes del derecho, puede compararse con los métodos analíticos de la química". Bajo la influencia de esta clase de pensamiento, los jurisconsultos trataron de emular en forma deliberada y consciente a los científicos naturales. Trataron de usar el método científico y buscaron ser admitidos en la comunidad científica. (Debe añadirse que ciertos supuestos similares, aunque con un hincapié menor en la ciencia y el método científico, se encontraban detrás de la obra de los jurisconsultos de los Estados Unidos a fines del siglo XIX y todavía constituyen una fuente de justificación para el famoso método de enseñanza, basado en casos particulares, de las escuelas de derecho estadunidenses.)

Al igual que las ciencias naturales, la ciencia jurídica es muy sistemática. Los principios derivados de un estudio científico de los datos legales se relacionan en formas muy intrincadas. A medida que se descubren principios nuevos, deberán integrarse plenamente al sistema. Si los datos nuevos no encajan, el sistema deberá modificarse para absorberlos o los datos deberán modificarse para que encajen en el sistema. En esta forma, la preservación de valores siste-

máticos se convierte en una consideración importante para la crítica y la reforma del derecho.

Esta insistencia en los valores sistemáticos tiende a generar gran interés en las definiciones y las clasificaciones. Se han dedicado grandes esfuerzos académicos al desarrollo y el refinamiento de las definiciones de conceptos y clases, las que luego se enseñan en una forma bastante mecánica, desprovista de espíritu crítico. El supuesto de la ciencia jurídica que deriva conceptos y clases del estudio de los datos legales naturales, por una parte, y la naturaleza generalmente autoritaria y nada crítica del proceso de 68

educación legal, por la otra, tienden a generar la actitud de que las definiciones de conceptos y clases expresan la verdad científica. Una definición no se contempla como algo convencional, válido sólo mientras sea útil; se convierte en una verdad, la materialización de la realidad. Hombres maduros se enfrascan en discusiones serias sobre la "autonomía" de ciertos campos del derecho, tales como el derecho mercantil o el derecho agrario, o acerca de la naturaleza "verdadera" de instituciones legales específicas. El derecho se divide en campos claramente delimitados. Como explicaremos más detenidamente en el capítulo siguiente, el derecho público y el derecho privado se tratan como materias inherentemente diferentes y claramente distinguibles. Hay un vocabulario legal precisamente definido y una clasificación aceptada del derecho que se reflejan en los programas de estudio de las escuelas de derecho, en las cátedras de las facultades de derecho, en el arreglo de los libros en las bibliotecas jurídicas, en los temas de las obras escritas por los jurisconsultos y en el enfoque de los legisladores en la elaboración de las leyes.

El orden así impuesto al sistema legal por la ciencia jurídica, representa un gran avance sistemático. Los juristas civiles están justamente orgullosos de su estructura legal y su metodología, y de la contribución muy real que ello constituye para la enunciación, la elaboración y la administración

ciertas, ordenadas y eficientes del derecho. Cada fase del proceso legal es un beneficiario de esta jurisprudencia sistemática, y la ausencia de algo equivalente en el derecho común es una de las razones de que los juristas civiles piensen que el derecho común es rudimentario y subdesarrollado.

En virtud de que los componentes de esta renovación sistemática del derecho, teóricamente inherentes en el orden legal positivo vigente, no existían en una forma identificada, articulada; y en virtud de que el orden legal era un universo de datos en el que habrían de identificarse principios inherentes, hubo necesidad de inventar conceptos nuevos para expresar estos componentes y principios. La novedad de estos conceptos y

su prominencia en la obra de los académicos de la ciencia jurídica hizo que, finalmente, los críticos llamaran a esta clase de doctrina la "jurisprudencia conceptual". Dado que la comunicación sin conceptos es difícil, no parece justo que se critique a la ciencia jurídica por usarlos. Lo peculiar de la ciencia jurídica era el hecho de que sus conceptos fuesen nuevos (o se les diese un nuevo acento), que se hiciera hincapié en su "validez" antes que en su utilidad funcional, que su arreglo y manipulación adecuados se consideraran como el campo de los académicos y que tendieran a ser muy abstractos.

Este elevado nivel de abstracción —esta tendencia a hacer que los hechos pasaran a

segundo plano— es una de las características más sorprendentes de la ciencia jurídica para un jurista de los Estados Unidos o Inglaterra. Los principios desarrollados por los científicos legales han sido sacados de su contexto real e histórico, de modo que pierden su carácter concreto. El científico legal está más interesado en el desarrollo y la elaboración de una estructura científica teórica que en la solución de problemas concretos. Su búsqueda es la verdad legal cada vez más general, y en el proceso de la formulación de enunciados más abstractos, se eliminan los detalles "acci-

dentales". El objetivo final es una teoría general del derecho donde se elimine todo lo que no sean 69

elementos esenciales.

La obra de la ciencia jurídica se realiza de acuerdo con los métodos de la lógica formal tradicional. El académico toma la materia prima del derecho y, mediante un proceso inductivo llamado a veces "expansión lógica", razona para llegar a niveles más altos y principios más amplios. Estos principios revelan, en un examen más detenido, incluso los principios más amplios de los que sólo son representaciones específicas, y así sucesivamente en escala ascendente. En cierto nivel, los principios derivados mediante la expansión lógica son las "disposiciones que regulan casos similares o cuestiones análogas" y, a un nivel superior, los "principios generales del orden legal del Estado" que los jueces deben utilizar al abordar el problema de las lagunas en la interpretación de los estatutos (véase el capítulo VII). La intuición y el subconsciente, a pesar de su influencia poderosa sobre los asuntos humanos, quedan excluidos de este proceso. El resultado es algo que Max Weber llamaba "racionalismo lógicamente formal".

Por último, la ciencia jurídica trata de ser pura. Los jurisconsultos concentran deliberadamente su atención en los fenómenos y los valores puramente legales, tales como el valor "legal" de la certeza en el derecho, y excluyen a todos los demás. Así se excluyen como no legales los datos, las intuiciones y las teorías de las ciencias sociales, por ejemplo. Incluso la historia queda excluida como no legal, y esto parece peculiarmente incongruente en vista de que Savigny y sus discípulos constituyen la llamada escuela histórica. La historia es interesante para los historiadores (incluidos los historiadores legales), pero no para la ciencia jurídica. Tampoco se interesa el jurisconsulto por los fines del derecho, por valores finales tales como la justicia. Estos valores podrían interesar a los filósofos, incluidos los filósofos legales, pero al jurisconsulto sólo le interesan el derecho y los valo-

res puramente legales. El resultado es un cuerpo de doctrina muy artificial que se aísla deliberadamente de lo que está ocurriendo en el exterior, en el resto de la cultura.

Pero aunque los jurisconsultos trataban de liberarse de los valores, eran

ideológicamente cautivos de su época. El trabajo creativo de los jurisconsultos se realizó en la Europa del siglo XIX, en el clima intelectual que desde entonces se ha llamado el liberalismo europeo decimonónico. Entre los aspectos más relevantes de esta ideología se encontraba un fuerte hincapié en el individuo y su autonomía. La propiedad privada y la libertad de contrato se trataban como instituciones fundamentales que deberían limitarse en la menor medida posible. Fue una época de lo que ahora consideraríamos un individualismo exagerado. El meollo del derecho era el derecho civil romano, y éste era básicamente un derecho de la propiedad y el contrato. Los jurisconsultos concentraron su obra en esta área del derecho civil, y el cuerpo de doctrina que finalmente produjeron materializaba los supuestos y los valores fundamentales del pensamiento de su época.

Bajo la bandera de la ciencia jurídica, convirtieron ciertos conceptos cargados de ideología en una estructura legal conceptual sistemática que todavía se enseña en las facultades de derecho de las universidades, la cual limita y orienta el pensamiento de los investigadores legales que la perpetúan, provee los parámetros de la interpretación y la aplicación judicial de leyes, precedentes y transacciones legales y, en una palabra, domina 70

el proceso legal. El papel de estos supuestos y valores se oculta tras una fachada de neutralidad ideológica, de un estudio científico de fenómenos puramente legales. En esta forma, la jurisprudencia sistemática europea materializa y perpetúa el liberalismo del siglo XIX que conserva un conjunto selecto de supuestos valores y deja afuera todos los demás.

Así pues, las actitudes y los supuestos especiales acerca del derecho que

caracterizaron la obra de los pandectistas, y que constituyen lo que llamamos aquí la ciencia jurídica, pueden resumirse en los términos siguientes: cientificismo, construcción de sistemas, conceptualismo, abstracción, formalismo y purismo. Estas características de la ciencia jurídica son evidentes para muchos juristas de derecho civil y han provocado muchas reacciones contrarias en el mundo del derecho civil. Estas reacciones han asumido diversas formas y parecen haber cobrado fuerza después de la segunda Guerra

Mundial; pero la ciencia jurídica dista mucho de estar muerta fuera de las jurisdicciones de derecho civil más avanzadas, reina prácticamente imperturbable en todas las demás.

Domina las facultades de derecho, impregna los libros de derecho y así se perpetúa a sí misma. El estudiante de derecho típico recibe la doctrina al principio de su carrera y nunca se le ocurre cuestionarla: sólo conoce sus características y el modelo del sistema legal que perpetúa. La ciencia jurídica ha sufrido el ataque directo y la subversión desde muchos ángulos. Sus críticos han tratado de introducir la consideración de problemas concretos, de lograr que se tome en cuenta la existencia de un subconsciente y de la intuición, de incluir materiales no legales en la consideración legal de los problemas sociales y de involucrar a los investigadores legales en la búsqueda consciente de objetivos socioeconómicos. Sin embargo, el abogado típico de derecho civil todavía forma sus propias ideas sobre el derecho de acuerdo con las enseñanzas de la ciencia jurídica. En los capítulos siguientes describiremos algunas de las consecuencias de estas actitudes.

El mundo del derecho común ha presenciado breves tendencias ocasionales hacia la clase de pensamiento que caracteriza a la ciencia jurídica, pero ésta nunca ha podido afianzarse realmente en él. La ciencia jurídica es una crea-

ción de los profesores —huele a lámpara— y el derecho dominado por los jueces es fundamentalmente inhóspito para tal creación. Los jueces de derecho común son funcionarios que resuelven problemas, no teóricos, y la insistencia del derecho civil en el cientificismo, la construcción de sistemas, el formalismo, etc., obstruye la resolución eficaz de los problemas. También disminuye el papel del juez en el proceso legal, con ventaja para el legislador y el académico. Tanto la jurisprudencia sociológica —que es lo contrario de la abstracción, el formulismo y el purismo— como el realismo legal —que rechaza el cientificismo y la construcción de sistemas— hacen hincapié en la dificultad y la importancia de la concentración en el proceso judicial. Ambos han florecido en el mundo del derecho común y,

particularmente, en los Estados Unidos.

Es cierto que el método de instrucción con casos famosos, que es una creación de los

profesores de derecho en los Estados Unidos, surgió bajo la influencia de la ciencia jurídica alemana. La idea era que las decisiones de los tribunales, siendo fuentes del 71

derecho, debieran estudiarse como datos a fin de derivar de ellos principios del derecho y finalmente ordenarlos en un sistema coherente. El producto final de esta línea de pensamiento fue, en los Estados Unidos, *The Restatement of the Law* (elaborado principalmente por profesores) y su publicación dio ocasión a un ataque exhaustivo, devastador, por parte de los realistas legales. Desde entonces, la ciencia jurídica ha sido esencialmente desacreditada en los Estados Unidos y se ha desplazado sutilmente la insistencia en la educación legal. Todavía se estudian casos particulares, pero ya no se estudian como datos de la ciencia jurídica. Ahora se contemplan como registros convenientes de problemas sociales concretos y como ejemplos convenientes de la operación del proceso legal.

La diferencia básica queda de manifiesto en otra cita del jurisconsulto alemán Rudolph Sohm:

Una regla de derecho puede generarse desarrollando las consecuencias que involucra o desarrollando los principios más amplios que presupone... El más importante de estos dos métodos de procedimiento es el segundo, es decir, el método mediante el cual, a partir de reglas de derecho dadas, determinamos las premisas mayores que presuponen. Así se enriquece el derecho y se enriquece por un método puramente científico.

Un realista legal norteamericano se resistiría a la implicación de que las reglas de derecho deben ser los objetivos principales de su estudio o la sugerencia de que sólo hay estas dos formas de su estudio. Pero si se vieran obligados a decidir sobre la disyuntiva de Sohm, la mayoría de los profesores, jueces y abogados de los Estados Unidos escogerían de manera fácil y rápida el primero de sus dos métodos. La mayoría de los abogados de derecho civil escogerían todavía el segundo método.

72

XI. LA PARTE GENERAL

LA PRINCIPAL clasificación del derecho, aceptada en la tradición del derecho civil, lo divide en derecho público y derecho privado. En el derecho privado hay dos campos principales: el derecho civil y el derecho mercantil. Técnicamente, el derecho civil (que es el descendiente moderno del derecho civil romano) incluye sólo el derecho de las personas (físicas y morales), la familia, la herencia, la propiedad y las obligaciones. Éste es aproximadamente el mismo campo cubierto en las *Institutas* de Justiniano y en los códigos civiles del siglo XIX. La firme creencia de que estos temas, que parecen muy dispares para un abogado de derecho común, constituyen un cuerpo coherente de principios e instituciones legales interrelacionados, es en sí misma una de las características distintivas de la tradición del derecho civil. Los principales conceptos legales operativos, la estructura básica del derecho y las principales instituciones legales, se extraen directamente del derecho civil o se desarrollan por

analogía con tal derecho. El aparato del academicismo legal debe su origen a los académicos del derecho civil, y la sistemática estructura conceptual desarrollada para este campo se ha adaptado finalmente a todos los demás campos. Todavía se cree habitualmente que el académico del derecho

civil debe desarrollar teorías generales del derecho que sean válidas para todo el orden legal. El crecimiento del derecho público derivado del vasto incremento de la actividad estatal en el siglo pasado ha hecho vacilar esta actitud, pero no la ha desplazado. El derecho civil sigue siendo el derecho fundamental. Se estudia éste en primer término y el estudio subsecuente se construye sobre esa base. El derecho civil forma la matriz del pensamiento del abogado en la tradición del derecho civil.

Además de las fuentes formales del derecho civil, típicamente contenidas en un código civil y en la legislación complementaria, hay un conjunto de conceptos y principios derivados primordialmente del academicismo legal. Estos conceptos y principios, y el sistema que forman, tienen el gran peso de la autoridad académica descrita en el capítulo IX. Aunque muchos de estos conceptos y principios nunca han existido como tales en el derecho civil positivo, los académicos los han introducido al orden legal, bajo la influencia de la ciencia jurídica, como verdades legales generales derivadas del derecho positivo por el método científico.

Esta superestructura de conceptos y principios derivados aparece típicamente en tres

contextos distintos, pero estrechamente relacionados en la tradición del derecho civil: *1)* la *Allgemeiner Teil*, o parte general, del Código Civil alemán de 1896 y otros códigos civiles que siguen el modelo alemán; *2)* el conjunto de nociones básicas sobre las cuales 73

construyen los académicos ciertas teorías generales del derecho extremadamente complejas y refinadas, y *3)* el contenido de la "introducción al derecho" que se enseña a los estudiantes al principio de su educación en derecho. Estos

tres contextos han tendido a fundirse en las naciones donde se han adoptado códigos civiles o se han revisado extensamente bajo la influencia de la ciencia jurídica alemana de fines del siglo XIX.

Aunque tales naciones no han copiado siempre al Código Civil alemán, se ha observado

una fuerte tendencia a volver más "científicos" sus propios códigos. Así pues, la medida en que haya habido una evolución hacia un código civil "científico" determina el grado en que el derecho positivo, los elementos básicos de las teorías del derecho aceptadas y la parte introductoria o "general" de los cursos y tratados de derecho civil utilizan los mismos conceptos y principios. Por regla general, el derecho positivo es mucho menos

"científico", en este sentido, que el derecho enseñado y escrito por los académicos.

El mejor procedimiento para captar algo del sabor de la parte general del derecho civil es el examen de la parte general de un libro de texto más o menos típico para un curso de derecho civil. Para este propósito, examinaremos una muestra del contenido de las nociones preliminares y la parte general de una obra elemental respetada (que permanecerá anónima) sobre el derecho privado. Aunque esta obra no es idéntica a los libros similares existentes sobre el derecho civil francés, alemán o italiano, el patrón y los conceptos básicos son representativos de la clase de pensamiento que estamos tratando de describir.

El libro se inicia con algunas "nociones preliminares", la primera de las cuales es "el orden legal". Se nos dice que "ninguna sociedad puede vivir en forma ordenada sin un conjunto de reglas que gobiernen las relaciones existentes entre las personas que integran el grupo *(ubi societas ibi ius)* y los individuos encargados de vigilar su observancia".

Aplicando este razonamiento al Estado, "establecemos [...] la necesidad de un conjunto de normas que regulen las

relaciones existentes entre los ciudadanos y de [...] órganos e instituciones que vigilen la observancia de las normas establecidas por el Estado". (Se observará que esta definición del orden legal, limitada a las reglas o normas y a las instituciones existentes para su cumplimiento, omite los procesos. Éste es un enfoque tradicional típico. El orden legal se contempla como algo estático. El derecho no se contempla como un proceso para la percepción y resolución de los problemas, sino como un conjunto de reglas e instituciones establecidas. En lugar de estudiar cómo perciben y resuelven los problemas tales instituciones, o cómo hacen, interpretan y aplican el derecho, la doctrina se concentra en el contenido sustantivo de las reglas existentes como el objetivo principal de su estudio.)

El autor inicia su examen del primer componente del orden legal en esta forma: "La norma legal [...] es [...] un mandato dirigido al individuo por el que se le impone una conducta determinada". (En realidad, no todas las normas son mandatos; el enunciado del texto es incorrecto. Hay muchas normas, sobre todo en el campo del derecho privado, que sólo enuncian la consecuencia legal de un estado de hecho: por ejemplo, si una persona muere intestada, la mitad de su propiedad pasa a sus hijos.) Muchas normas, incluidas todas las del derecho privado, no sólo requieren o prohíben, sino que 74

"correlativamente atribuyen una facultad a otra persona". Se le dice al deudor que pague la deuda y se otorga al acreedor la facultad de obtener el pago. De aquí surge la distinción que se establece entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo. "El derecho objetivo es la regla a la que debe conformar su conducta el individuo; el derecho subjetivo es la facultad derivada de la norma para el individuo." El derecho objetivo puede dividirse en derecho natural y derecho positivo. "Nuestro estudio se ocupa exclusivamente del derecho positivo." (Aquí hay dos nociones fundamentales muy importantes y cargadas de ideología. La primera es la del dere-

cho subjetivo. En el derecho privado, éste es el fundamento de un sistema legal donde existen derechos privados, individuales, es decir, los derechos de propiedad, de contrato, personales y familiares. La segunda noción es el rechazo del derecho natural y, por ende, todo sistema normativo externo al Estado por el que pueda juzgarse la validez del derecho positivo.) La norma legal no es un mero consejo; al precepto va unida una amenaza de "un mal

administrado por... el Estado" si no se observa. La naturaleza de esta sanción distingue a la norma legal frente a las reglas de la costumbre, las reglas de la etiqueta, las normas religiosas y las normas morales, cuya inobservancia produce otras clases de consecuencias (reprobación social, remordimientos de conciencia). (Este hincapié en las sanciones es engañoso. Muchas normas legales no contienen "amenaza de un mal administrado por el Estado", expresa o implícita. Se distorsiona la realidad legal cuando se habla en tal forma de las reglas de la sucesión intestada, las reglas que definen los diversos tipos de contratos —venta, préstamo, arrendamiento, etc.— y las reglas que establecen cuáles tribunales tienen jurisdicción para conocer y decidir cuáles clases de casos —civiles o penales, demandas grandes o pequeñas, etc. —, por sólo citar tres ejemplos.) La norma legal es también general; su orden no se dirige a individuos específicos sino a una "situación de hecho" típica: el deudor que no pague será responsable de los daños. Si un hecho concreto corresponde a este modelo, por ejemplo si Pérez no paga la deuda que tiene con Sánchez, se darán los efectos establecidos por la norma, es decir, Pérez deberá pagar los daños causados a Sánchez. (El lector advertirá que en este enunciado está implícita la concepción tradicional de la función judicial descrita antes. Una vez aclarados los hechos del caso, el juez los compara con las situaciones reales del modelo de las normas legales, selecciona la norma cuyo modelo corresponde a los hechos del caso y aplica la consecuencia enunciada en esa norma.) Una dificultad de la situación fáctica del modelo

es que ocasionalmente la aplicación de la norma abstracta al caso concreto "origina consecuencias que ofenden el sentido de justicia". La equidad es la facultad de variar la aplicación de la norma; es "la justicia del caso individual". Pero

el orden legal sacrifica con frecuencia la justicia del caso individual a las exigencias de certeza de la ley, pues se cree que es peligroso el sometimiento del orden legal a la valuación subjetiva del juez; es preferible que los individuos conozcan por adelantado los preceptos que deben observar y las consecuencias de la inobservancia (el principio de la certeza del derecho).

(Véase *supra*, el capítulo VIII.) Una vez descritas estas "nociones preliminares", el 75

autor pasa a ocuparse de "la parte general" del derecho civil. Primero distingue entre el derecho público y el derecho privado:

El primero gobierna la organización del Estado y las otras entidades públicas [...] y las relaciones existentes entre ellas y los ciudadanos, relaciones en las que el Estado y las entidades públicas se encuentran en una posición de supremacía respecto del ciudadano, quien se encuentra [...] en un estado de sometimiento y subordinación [...] El derecho privado regula las relaciones existentes entre los ciudadanos. Así pues, una característica del derecho privado, por oposición al derecho público, es la posición de igualdad entre los sujetos.

(Compárese esto con el análisis de la dicotomía de derecho público-derecho privado que aparece más adelante, en el capítulo XIV.) En este punto, el análisis se desarrolla exclusivamente dentro del derecho privado. El autor señala que las normas del derecho privado son dispositivas o imperativas. "Las primeras pueden ser modificadas por arreglos o acuerdos privados; las segundas, por cuanto se refieren a la protección de intereses sociales fundamentales, no pueden ser modificadas por los individuos."

Viene luego un análisis de las fuentes del derecho, es decir, de las normas legales, que son los estatutos, las regulaciones y la costumbre, en ese orden. (Véase *supra*, el capítulo IV.) A esto sigue un análisis del efecto temporal de las normas legales: reglas para determinar cuándo se aplicarán los estatutos, métodos de abrogación, la regla contra la retroactividad y el efecto de un cambio en un estatuto sobre los Estados, de hecho parcialmente completados o continuos. En seguida, analiza el autor la interpretación de la norma legal (véase *supra*, el capítulo VII), para terminar con un breve análisis del

"conflicto de las leyes en el espacio", que indica cómo se determinan las normas legales que se aplicarán cuando sean posiblemente aplicables las normas de dos o más naciones.

El autor pasa luego de la norma legal a la relación legal.

Las relaciones humanas pueden ser de varias clases: pueden estar inspiradas por el afecto, el sentimiento, la amistad, el interés, la convivencia, los intereses culturales, etc. Todos entienden instintivamente la diferencia existente entre tales relaciones y las que existen entre mi deudor y yo. Esta relación está regulada por el derecho, el que me atribuye la facultad (derecho subjetivo) de obtener el pago de la deuda y asigna a mi deudor la obligación de pagar. Así pues, la relación legal es la relación existente entre dos sujetos regulados por el derecho. Cuando queremos aludir a las personas que han puesto en efecto una relación legal (por ejemplo, un contrato), usamos la expresión "partes". Al concepto de las partes se opone el de los terceros. El tercero es, en general, alguien que no es una de las partes y que no está sujeto a una relación legal.

Normalmente, la relación legal no produce efectos en favor o en contra de terceros *(res inter alios acta tertio neque prodest, neque nocet).*

(Esta regla está sujeta a tantas excepciones que su utilidad resulta cuestionable; en realidad, hay muchas situaciones en las que la relación privada legal afecta los intereses

legales de terceros. Aquí se ilustra claramente la tendencia de la parte general a exagerar las proposiciones generales y a minimizar las excepciones. Dejando de lado la incorrección de la generalización, advertimos que no se hace referencia a la cuestión muy 76

interesante de las circunstancias en las que los terceros *debieran* verse afectados por las relaciones legales privadas. Los lemas del academicismo tradicional —en particular la creencia de que sólo las consideraciones legales, estrechamente definidas, interesan al académico— excluyen el análisis de estas cuestiones. La regla se enuncia como el producto de la investigación científica. No se formula expresamente ningún juicio normativo al respecto, pero los métodos y los objetivos de la ciencia jurídica y la autoridad de la doctrina le dan un efecto normativo. En términos del "ser" y el "deber ser", el enunciado en cuestión representa mal el "ser", evita la discusión del "deber ser" e implica el juicio normativo de que el "ser" mal representado es la regla conveniente.) En general, el término "derecho subjetivo" se usa para indicar interés legal de la persona que tiene el beneficio de una relación legal en el derecho privado.

El fin último que busca la norma es siempre la protección de los intereses generales. En muchos casos, sin embargo (y tal es la regla en el derecho privado), es la concepción de que el procedimiento mejor para el logro de este fin es la promoción de los intereses individuales, el estímulo de la iniciativa individual. El orden legal reconoce los intereses del individuo y trata de lograr la realización de su intención. Por lo tanto, se define el derecho subjetivo como la primacía de la intención, como el poder de actuar para la satisfacción de nuestros propios intereses, protegidos por el orden legal.

(Aquí encontramos de nuevo la importancia fundamental del derecho subjetivo en el

derecho privado. Además, la referencia a "la primacía de la intención" oculta un debate académico prolongado y vo-

luminoso. Algunos autores sostenían que los derechos privados podían crearse y las obligaciones privadas imponerse, sólo con el asentimiento consciente de los individuos involucrados. Tales autores buscaban la fuente última de las relaciones legales privadas y la encontraron en la intención o la voluntad individuales. La *Willenstheorie* y la regla antes criticada, acerca de los efectos de las relaciones legales sobre terceras personas, se encuentran lógicamente relacionadas entre sí. Si se toma la voluntad o volición del individuo como la fuente verdadera de la obligación legal, parece correcto concluir que quien no haya expresado la voluntad o volición de entrar en la relación —es decir, quien no sea parte de tal relación— no podrá ser sujeto de la obligación y no podrá reclamar sus beneficios. (Las partes del contrato están ligadas por él sólo porque lo celebraron voluntariamente.) Pero si se abandona la *Willenstheorie* y se adopta generalmente la idea de que la verdadera fuente de los derechos y las obligaciones derivados de la relación legal es el propio orden legal positivo, no se seguirá necesariamente, o siquiera lógicamente, la regla de los terceros. Por el contrario, nos encontraremos en mayor libertad para adoptar un enfoque más ecléctico del problema de las circunstancias en las que debieran verse legalmente afectados los terceros por el acuerdo de las partes de la relación legal. El autor no analiza este punto.)

El poseedor de un derecho subjetivo no está obligado a compensar a otros por los perjuicios que les pueda causar el ejercicio del derecho, excepto cuando abuse del derecho. (Las críticas formuladas antes contra la regla de que los terceros no se ven afectados por una relación legal privada se aplican a una interpretación de este enunciado. Si significa algo, dista mucho de estar en lo correcto y materializa un conjunto 77

de juicios de valor que el autor no analiza jamás. ¿Es cierto que el poseedor del derecho está en libertad para ejercerlo en perjuicio de los demás, mientras que no "abuse" del

privilegio? ¿Por qué? Además, podría sostenerse que el enunciado es sólo una tautología.

Si decimos que el poseedor de un derecho subjetivo es responsable ante los demás por el ejercicio de ese derecho sólo si abusa de él, habremos dicho que no es responsable por el ejercicio del derecho, excepto cuando es responsable por el ejercicio del derecho.) En algunas jurisdicciones, como en Francia, los tribunales usan una doctrina general de origen académico para definir el "abuso del derecho". En otras, se considera peligroso

"encomendar la determinación de los límites del derecho subjetivo a los criterios discrecionales y variables utilizados por los jueces". En aras de la certeza, entonces, el juez tiene esta facultad sólo en ciertos casos especiales, definidos por la legislatura.

(Obsérvese el hincapié reiterado en la certeza, en relación con la preocupación por la facultad discrecional de los jueces, como vimos en el capítulo VIII.)

"La división primera y fundamental de los derechos subjetivos" los clasifica en

derechos absolutos, que garantizan al propietario una facultad que puede ejercitar contra todos los demás *(erga omnes)*, y *derechos relativos*, que le dan una facultad que puede ejercer sólo contra una o más personas determinadas. Los derechos absolutos típicos son los *derechos reales*, es decir, los derechos que se plasman en una cosa. Estos derechos atribuyen soberanía, ya sea plena (propiedad) o limitada (derecho real a la cosa de otro), sobre una cosa. La relación inmediata entre el hombre y la cosa destaca claramente y es eficaz sin necesidad de la cooperación de otros. Los demás sujetos sólo deben abstenerse de interferir con el ejercicio pacífico de esta soberanía. Pero en una relación obligatoria (donde sólo están involucrados los derechos relativos), es fundamentalmente importante la conducta de otro sujeto. La categoría de los derechos relativos coincide con la de los *derechos de crédito* (que también se llaman *derechos persona-*

les, por oposición a los derechos reales); la de los derechos absolutos no incluye sólo a los derechos reales sino también a los llamados *derechos de la personalidad* (derecho a un nombre, a la propia imagen, etc.). El reverso, ya sea del derecho de crédito o del derecho real, es el *deber*: un deber negativo de abstención en el derecho real, y el deber (más precisamente, la *obligación*) de una o más personas determinadas en el derecho de crédito.

La relación legal se constituye cuando el sujeto adquiere un derecho subjetivo. La adquisición indica la asociación de un derecho con una persona, quien entonces se convierte en su propietario: en esencia, un derecho subjetivo pasa a formar parte del patrimonio de la persona. La adquisición puede ser de dos clases: por *título original*, cuando el derecho subjetivo surge a favor de una persona sin que se lo transmita otra; y por *título derivado*, cuando el derecho se transmite de una persona a otra. En la adquisición por título derivado observamos este fenómeno: el derecho que pertenece a una persona pasa a otra. Llamamos *sucesión* a este fenómeno. Indica un cambio en el sujeto de una relación legal. Al adquirir por título derivado, el sujeto nuevo tiene el mismo derecho que el titular anterior, o un derecho derivado del derecho anterior. Esto justifica las reglas siguientes: *1)* El nuevo titular no puede ejercer un derecho mayor que el que tenía el titular anterior (*nemo plus iuris quan ipse habet transferre potest); 2*) La validez y la eficacia del título dependen, por regla general, de la validez y la eficacia del título precedente.

(También aquí, estas "reglas" están sujetas a tantas reservas y excepciones que su utilidad como reglas resulta dudosa. En todo sistema legal hay algunos casos en los que el receptor de un derecho puede obtener más o menos lo que tenía el transmisor, y la 78

validez y la eficacia del título nuevo pueden depender de factores distintos de la validez y la eficacia del título precedente. Y como ocurre a menudo, estas "reglas" materializan

juicios normativos acerca de una diversidad de cuestiones que no se especifican.)

El autor se ocupa luego de "el tema de la relación legal", analizando las características legales de las personas físicas y las personas morales (por ejemplo, compañías y fundaciones). Luego, bajo el apartado de "el objeto de la relación legal", examina el concepto legal de una cosa (corpórea e incorpórea, mueble e inmueble, fungible y no fungible, divisible e indivisible, consumible y no consumible, etcétera).

Habiendo discutido las características básicas de la relación legal en el derecho privado, tipificadas por el derecho subjetivo y el deber subjetivo, el autor pasa al logro máximo de la doctrina del derecho civil: el "acto jurídico". (Éste es el producto arquetípico de los métodos y objetivos de la ciencia jurídica examinados en el capítulo X.

Se ha escrito a este respecto una enorme cantidad de libros y artículos. En algunas naciones se ha utilizado esta noción en la legislación —por ejemplo, en el Código Civil alemán, donde se llama el *Rechtsgeschäft*—. En otras naciones se encuentra sólo en la doctrina. Pero en toda nación de derecho civil funciona en dos formas principales: como concepto central en la reconstrucción sistemática del orden legal generada y perpetuada por los académicos; y, aunada al concepto del derecho subjetivo, como el vehículo para la afirmación y perpetuación del papel de la autonomía individual en el derecho.)

El concepto del acto jurídico se basa en otro concepto, el "hecho legal". Se recordará que la norma legal contiene la enunciación de una situación de hecho modelo y de un resultado legal. Si ocurren los hechos concretos que encajen en la situación real modelo, el resultado legal se volverá operativo. Un hecho legal es un evento (por ejemplo, el nacimiento o la muerte de una persona, un contrato) que encaja en una situación real modelo, de modo que tiene consecuencias legales. Es un hecho legalmente relevante, por oposición a los hechos que no tienen relevancia legal. Los

hechos legales incluyen "los hechos naturales que se generan sin la participación de nuestra intención (la muerte de una persona por enfermedad, un terremoto), así como los actos realizados en forma deliberada y voluntaria por los hombres". De aquí surge la distinción de los hechos legales en dos categorías: el hecho legal en sentido estricto (es decir, el mero hecho legal) y los actos legales deliberados, voluntarios.

Los actos legales se dividen en dos grandes categorías: actos que corresponden a los requerimientos del orden legal *(actos lícitos)* y actos que se realizan en violación de las obligaciones legales y que perjudican el derecho subjetivo de otros *(actos ilícitos)*. Los actos lícitos se subdividen en *operaciones*, que son modificaciones del mundo externo (por ejemplo, la toma de posesión, la construcción de un barco) y *declaraciones*, que son actos dirigidos hacia la comunicación de nuestro pensamiento, nuestro estado de ánimo o nuestra intención hacia otros. Los actos que tratan de comunicar nuestro pensamiento o nuestro estado de ánimo se llaman *declaraciones de conocimiento* (por ejemplo, una notificación); los actos que tratan de comunicar nuestra intención constituyen *actos jurídicos*. Estos actos mencionados en último término han sido objeto de una abundante elaboración doctrinal; por lo que toca a los otros, que se llaman también *actos legales en sentido estricto*, lo único cierto parece ser la inaplicabilidad de los principios relativos al acto 79

jurídico. En general, podemos afirmar que los actos legales en sentido estricto son actos que presuponen la intención y la deliberación en el actor, pero no la intención de producir un efecto legal: el orden legal asigna automáticamente tal intención a la realización del acto. Por ejemplo, si una persona declara por escrito y en forma inequívoca que es el padre de un hijo concebido fuera del matrimonio, el hijo tiene derecho al sustento de acuerdo con el código civil, aunque el declarante no tuviera ninguna intención de atribuirle tal derecho por el acto de la declaración.

Entre los actos legales, el acto jurídico tiene una importancia fundamental. En efecto, constituye la expresión más completa e interesante de la actividad legal. A fin de entender bien la noción del acto jurídico, convendrá citar una demostración empírica. Quien hace un testamento o las partes que celebran un contrato tratan de producir efectos legales; distribuir sus bienes entre las personas mencionadas en el testamento o transferir mediante una venta la propiedad de una cosa a cambio de un precio, etc. Por lo tanto, se entiende sin dificultad la definición dada por la doctrina prevaleciente: el acto jurídico es una declaración de intención dirigida hacia los efectos legales que el orden legal reconoce y garantiza. Y es esta dirección de la intención hacia los efectos legales lo que constituye el elemento característico del concepto del acto jurídico y lo distingue de los actos legales en sentido estricto, los que —como hemos visto— son también actos voluntarios y deliberados, pero producen sus efectos sin requerir que la intención de la persona que los realiza se dirija hacia la producción de estos efectos especificados. Estos efectos legales buscados por las partes son reconocidos y garantizados por el orden legal: esto distingue el acto jurídico de los actos ilícitos que —como hemos visto — violan los deberes establecidos por el orden legal. El acto jurídico es una figura general elaborada por los autores a partir del estudio de figuras legales particulares (contratos, testamentos, etc.).

Estas figuras presentan características comunes. La característica fundamental es el hecho de que se trata de expresiones de la autonomía privada, del poder que el orden legal reconoce en los individuos para regular sus propios intereses. Pero este poder no es ilimitado: la libertad del sujeto para generar transacciones se subordina a la observancia de reglas dictadas por el orden, la cual establece una serie de cargas y límites.

(Por ejemplo, si queremos transferir la propiedad real, es necesario que se use la forma escrita.) Sobre todo, se requie-

re que el propósito perseguido por el acto se reconozca como algo digno de protección por el orden legal. Es muy importante el estudio de la teoría general del acto jurídico. Dado que el orden legal reconoce el poder de la voluntad de los individuos para la regulación de sus propios intereses en el campo del derecho privado, la mayor parte de la actividad legal son actos jurídicos.

El párrafo anterior ilustra varias características de la ciencia jurídica: el hincapié que hace la doctrina tradicional en los actos jurídicos "privados" y las relaciones legales

"privadas" que surgen de ellos; la postura empírica de la doctrina ("el acto jurídico es una figura general elaborada por los autores a partir del estudio de figuras legales particulares"), y lo alejada que se encuentra la doctrina de los problemas concretos. Por ejemplo, ¿cómo determinaremos si un acto específico es o debe considerarse "digno de protección por el orden legal"? ¿Quién decide y mediante cuáles criterios? ¿Cómo funciona el proceso legal para colocar esta clase de límite a la autonomía privada?

Viene luego una descripción de los diversos tipos de actos jurídicos (unilaterales o multilaterales, *inter vivos* o a la muerte, gratuitos u onerosos, etc.). En seguida inicia el autor un extenso análisis de los elementos del acto jurídico:

Los elementos del acto jurídico se dividen en *elementos esenciales*, sin los cuales el acto es nulo, y *elementos* 80

accidentales que las partes están en libertad de incluir o no. Los elementos esenciales se llaman *generales* si se aplican a todo tipo de acto (tales como la intención, la causa) y *particulares* si se refieren al tipo particular considerado. En una venta, por ejemplo, aparte de la intención y la causa, la cosa y el precio son esenciales.

Sigue luego el análisis de los elementos generales esenciales (intención y causa) y de los elementos generales accidentales (condición, límite de tiempo, modo). Por último aparecen los análisis sobre la interpretación y los efectos, y

sobre las consecuencias de la invalidez y la posibilidad de invalidación del acto jurídico.

La parte general de este manual termina con breves estudios generales de la protección judicial de los derechos subjetivos y de la prueba de los hechos legales en las acciones civiles. La parte general está contenida en 236 páginas, más de la cuarta parte del volumen. Se dedican más de 100 de esas páginas al acto jurídico. En ningún lugar de la parte general hay un análisis de los derechos subjetivos específicos o las instituciones legales específicas. Se avanza de lo más general y abstracto a lo menos general pero todavía abstracto. El estudio de derechos subjetivos específicos e instituciones legales específicas que aparece más adelante se realiza dentro de la estructura conceptual establecida en la parte general. Más importante es el hecho de que el análisis posterior tiene el mismo tono y estilo; se hace hincapié en las definiciones inclusivas, las distinciones conceptuales claras y las reglas muy generales. No se verifican con la realidad las definiciones, las distinciones ni las reglas. En efecto, el tono fijado adiestra al abogado para hacer que los hechos concretos encajen en la estructura conceptual. Se tiende a establecer reglas sin excepciones, a ocultar los puntos difíciles.

Así pues, el derecho de la parte general es un derecho doctrinal, es un derecho de los académicos exclusivamente y si lo encontramos en el derecho promulgado, viviente, de una nación de derecho civil como Alemania, ello ocurre porque el legislador ha decidido dar a la doctrina una forma estatutaria. Naturalmente, los códigos anteriores al *BGB*

alemán no contienen una parte general similar, pero incluso los códigos posteriores han preferido mantener, mayoritariamente, una separación formal entre la obra científica del académico y la obra legislativa del legislador. El resultado, en la mayoría de los códigos civiles modernos, es que la legislación refleja, pero no materializa expresamente, el esquema doctrinal general descrito aquí; sin embargo, es

promulgada, interpretada y aplicada por personas adiestradas en el modelo doctrinal y para quienes el esquema descrito aquí parece básico, obvio y cierto. La estructura conceptual y sus supuestos inherentes, implícitos, acerca del derecho y el proceso legal constituyen una clase de derecho de salón de clases que flota por encima del orden legal, afectando profundamente el pensamiento y el trabajo de abogados, legisladores, administradores y jueces.

En general, han fracasado los esfuerzos que se han hecho para introducir una reconstrucción sistemática similar de los elementos básicos del derecho positivo en el mundo del derecho común. Hubo una época, a fines del siglo XIX, en que los juristas de Inglaterra y los Estados Unidos trataron de imitar la ciencia jurídica alemana. La introducción del método de instrucción de casos particulares en la Escuela de Derecho de 81

Harvard, durante el decenio de 1870, se basó parcialmente en los supuestos de la ciencia jurídica. A principios del siglo XX, los juristas analíticos ingleses y estadunidenses produjeron una literatura académica abundante que se asemeja a la obra de la ciencia jurídica en varias formas y, de tiempo en tiempo, resurge el interés por la jurisprudencia analítica en el mundo del derecho común. La ambiciosa empresa llamada *The Restatement of the Law*, iniciada en los años veinte y continuada por un grupo de destacados profesores en prominentes escuelas de derecho estadunidenses, ha tenido mucho en común con la doctrina del derecho civil tipificada por el análisis de la parte general descrita en este capítulo. Pero ha habido también varias influencias contrarias: la influencia de la jurisprudencia sociológica y del realismo legal, el papel menor de los jurisconsultos y su obra, la primacía del juez que resuelve problemas particulares, la diferencia de estilos y objetivos de la educación jurídica estadunidense, etc. La mayoría de los jurisconsultos moderados de los Estados Unidos e Inglaterra reconocen el valor del orden y el sistema, y suspiran, por lo menos ocasionalmente, por

la introducción de un grado similar de orden en nuestro derecho. Al mismo tiempo, la mayoría de tales jurisconsultos cree que el precio puede ser demasiado elevado. Temen que esta clase de orden cueste, en términos de la sensibilidad hacia las necesidades de una sociedad muy compleja, constantemente cambiante, más de lo que la gente estaría dispuesta a pagar.

Incluso quienes están dispuestos a pagar ese precio carecen del poder que se necesita dentro del proceso legal para establecer un sistema doctrinal. Son profesores-investigadores, y el protagonista de nuestro proceso legal es todavía el juez.

82

XII. EL PROCESO LEGAL

EN ESTE capítulo veremos quién hace qué en el sistema legal y por qué; queremos tratar de entender la división básica del trabajo en el proceso legal. Nuestra tarea se complica considerablemente por el hecho de que hay una disparidad sustancial entre las ideas generalmente aceptadas y frecuentemente repetidas acerca del proceso legal, por una parte, y acerca del funcionamiento efectivo del proceso, por la otra. El folclor generalmente aceptado, derivado de la ideología revolucionaria y de los dogmas de la ciencia jurídica, tiene un efecto importante sobre la forma en que actúa la gente, pero no representa de manera correcta sus acciones.

De acuerdo con el folclor, el jurisconsulto realiza el pensamiento básico para el sistema legal; mejora constantemente el estado de la ciencia jurídica descubriendo y organizando la verdad legal objetiva, fundamental, sobre la que pueden erigirse otros elementos del proceso legal. El jurisconsulto publica los resultados de su obra en libros y artículos llamados “la doctrina” y enseña los principios básicos de la doctrina a los estudiantes de las universidades. La doctrina es la base del sistema legal y se cree que representa objetivamente la verdad científica enunciada. La doctrina no es

el derecho en acción y, en efecto, el académico consideraría una digresión la atención prestada a tales cuestiones. No cree que le corresponda promulgar estatutos (por oposición a la elaboración de proyectos de códigos u otra legislación sistemática) ni decidir casos individuales. Teme que, si se involucra en estas actividades, pueda perder su objetividad y su perspectiva, y en todo caso estaría malgastando su tiempo, el que debe dedicarse a un trabajo más fundamental y, por lo tanto, más valioso. Por un conjunto de razones ligeramente diferente, cree importante evitar concentrarse en cuestiones sociales, económicas, políticas o de cualquier otra naturaleza que no sea jurídica, o comprometerse con una teoría particular de la justicia. Cree que debe alejarse de toda ideología, de todo objetivo que no sea la verdad: un científico puro, distinto de los legisladores y los jueces, a quienes ve como ingenieros.

El legislador, quien representa al pueblo y opera en el área de la política práctica, tiene obligaciones muy diferentes. Es él quien debe relacionar las demandas económicas y sociales con el proceso legislativo, produciendo leyes que respondan a las necesidades y los deseos del pueblo. Pero al promulgar tal legislación, el legislador no debe perder de vista jamás la verdad básica tal como la que le suministra el jurisconsulto. Encontrará esta verdad no sólo en la doctrina, sino también en la legislación sistemática promulgada por legisladores anteriores con la ayuda de los académicos, sobre todo en los códigos 83

básicos de la jurisdicción. Así pues, la legislación nueva debe emplear los conceptos y las instituciones, y seguir la organización establecida por los académicos y materializada en la legislación sistemática anterior. La función primordial de la legislación es complementar los códigos cuando resulta necesario y perfeccionar la legislación anterior, incluida la de los códigos, cuando las investigaciones continuas de los jurisconsultos demuestren que tienen deficiencias. Si la legislatura sigue las instrucciones de los académicos, evitará

el peligro de las formulaciones incompletas o la carencia de claridad y producirá una legislación sistemática y válida de acuerdo con los criterios de la ciencia jurídica. Los jurisconsultos criticarán la legislación, pero no sobre la base de sus probables efectos sociales o económicos. Estudiarán su adecuación a los lemas de la ciencia jurídica, la calidad de su redacción y su compatibilidad con el sistema conceptual establecido.

De acuerdo con el folclor, los jueces son sólo los operarios de una máquina diseñada

por los científicos y construida por los legisladores y, en efecto, con frecuencia vemos, en la literatura del mundo del derecho civil, que se menciona a los jueces como los

"operadores del derecho". Cuando se plantea al juez un caso para su decisión, el juez extrae los hechos relevantes de los datos originales, caracteriza la cuestión legal que estos hechos presentan, encuentra la disposición legislativa apropiada y la aplica al problema. A menos que el jurisconsulto y el legislador hayan desempeñado mal sus funciones, la tarea del juez es simple: sólo hay una solución correcta y no hay lugar para el ejercicio de la discreción judicial. Si el juez tiene dificultades para encontrar la disposición aplicable, o para interpretar y aplicar tal disposición a la situación de hecho, una de las personas siguientes debe ser la culpable: el juez, que no sabe cómo seguir instrucciones claras; el legislador, que no promulgó una legislación claramente enunciada y claramente aplicable; o el jurisconsulto, que no ha percibido y corregido los defectos de la ciencia jurídica que enseña o que no ha sabido instruir correctamente al legislador y al juez sobre la manera como se deben redactar y aplicar los estatutos. No se permite ninguna otra explicación. Si todos realizaran bien su trabajo, el juez no tendría ninguna dificultad para encontrar, interpretar y aplicar la ley adecuada. Los casos difíciles son escasos y deben tratarse como ejemplos patológicos. Su existencia no anula la validez general del modelo funcional del proceso legal. En el

caso patológico, es conveniente que el jurisconsulto examine y proponga de inmediato un recurso para la deliberación del legislador. En consecuencia, tendrá que haber cierto análisis doctrinal de los problemas de interpretación y aplicación del derecho, mientras que el orden legal siga siendo imperfecto. Por supuesto, mientras se realiza la acción del legislador, los jueces se ven influidos por la interpretación doctrinal.

Pende sobre todo el proceso legal cierta ansiedad acerca de la certeza. El jurisconsulto trata de volver más cierto el derecho haciéndolo sistemático. La certeza requiere que el derecho sea enunciado en forma completa, coherente y clara por la legislatura, y sólo por la legislatura. Los jueces están restringidos a la interpretación y la aplicación de "el derecho" en aras de la certeza, y las decisiones judiciales anteriores no son "derecho". También se niega a los jueces la facultad de atemperar el rigor de una regla en un caso difícil. Todas las consideraciones extralegales deberán excluirse del 84

derecho en aras de la certeza. Las consideraciones de la justicia o de otros fines del derecho deberán excluirse por la misma razón. Los casos difíciles, las decisiones injustas, las decisiones poco realistas, son lamentables, pero son el precio que tiene que pagarse por la certeza.

Expresado en forma un poco exagerada, éste es el folclor del proceso legal vigente en la tradición del derecho civil. Muchos de los participantes de tal proceso legal se esfuerzan por actuar de acuerdo con este modelo, pero la práctica difiere de la teoría en varias formas. Primero, la ciencia jurídica no habla con una sola voz. Es común que diferentes escuelas de pensamiento estén en conflicto entre sí sobre cuestiones fundamentales para la estructura legal y sobre los méritos y defectos de leyes específicas o de decisiones judiciales específicas. En efecto, en todo momento dado podemos encontrar dentro de la comunidad académica del mundo del derecho civil, muchos puntos de vista diferentes

acerca de la mayoría de los problemas legales. Incluso, dentro de la tradición relativamente monolítica de la ciencia jurídica pura, un poco de investigación revela que algunas proposiciones básicas supuestamente objetivas en realidad ocultan juicios de valor muy importantes. Los juristas de izquierda se han quejado en forma incesante y ruidosa del sesgo ideológico de la ciencia jurídica europea durante más de un siglo. Estos juristas creen que gran parte del academicismo legal, supuestamente desinteresado, surgido en el mundo del derecho civil en los siglos XIX y XX, es una especie de apología de las instituciones y los valores del liberalismo burgués del siglo XIX.

Aunque la legislatura trata de proveer una respuesta legislativa clara, sistemática, a todo problema que puede surgir, la práctica legislativa dista mucho de alcanzar este objetivo. En consecuencia, los jueces tienen que hacer una gran labor de interpretación.

Con frecuencia, afrontan problemas donde la única legislación aplicable es tan general que resulta inútil, es poco clara o contradictoria en su aplicación, o es obviamente el producto de una legislatura que no previó tales problemas. Dado que en todas las jurisdicciones está obligado el juez a decidir el caso que se le plantea y no puede excusarse alegando que la ley es confusa, los jueces elaboran continuamente el derecho en las jurisdicciones de derecho civil. En el supuesto de una dirección legislativa inadecuada, por una parte, y dado que el caso tiene que ser fallado bajo cualquier circunstancia, por la otra, los jueces improvisan. El juez puede tratar de demostrar que su decisión se sigue lógicamente de la regla enunciada por la legislatura. Pero incluso cuando un juez crea que así ocurre, estará elaborando el derecho. En las naciones que tienen códigos antiguos, el efecto acumulativo de esta clase de elaboración judicial del derecho es particularmente obvio. En Francia, por ejemplo, donde está vigente todavía el Código Napoleónico, el derecho de los daños es casi enteramente un producto de deci-

siones judiciales basadas en unas cuantas disposiciones muy generales del Código.

El efecto de esta clase de elaboración del derecho se complica por el hecho de que las decisiones de los altos tribunales, y algunas decisiones de los tribunales inferiores, se publican regularmente (aunque a menudo en forma truncada, sin el enunciado completo de los hechos al que estamos habituados en nuestras propias opiniones judiciales) y se 85

citan ante los tribunales en casos subsecuentes. La tarea de un abogado que afronta un problema legal difícil se facilita en gran medida si puede encontrar una decisión judicial registrada que interprete el estatuto en cuestión. Por supuesto, lo mismo se aplica a los jueces. Es cierto que, por lo menos en teoría, el juez está facultado para desatender la decisión anterior si la considera errada. Pero en realidad, si la decisión anterior es de un tribunal superior al suyo en la jerarquía judicial, es probable que la respete aunque dude de su corrección, porque no desea ver revocado su fallo. Cuando la decisión anterior haya sido dictada por la Suprema Corte de Casación o su equivalente, una de cuyas funciones históricas ha sido la provisión de una interpretación final de los estatutos, es probable que el juez inferior la respete. La ficción es que el juez cita y respeta la decisión anterior porque concuerda con su propio pensamiento acerca de la forma como deberá interpretarse y aplicarse la ley. La realidad es que la respeta por razones incompatibles con el modelo de proceso legal prevaleciente.

En el mundo del derecho civil se aprecia ampliamente la brecha que existe entre el modelo del proceso legal surgido de la tradición del derecho civil, por una parte, y, por otra, lo que los individuos y las instituciones hacen efectivamente. Aunque se dedica gran energía e ingenio académicos a la demostración de que no hay en realidad ninguna brecha, un creciente número de académicos, legisladores y jueces ha reaccionado contra el modelo tradicional. No ha habido ninguna revolución en el pensamiento legal tan drástica como

la producida por el movimiento del realismo legal en los Estados Unidos (y en Escandinavia), pero hay una tendencia creciente a culpar al modelo tradicional de las fallas de la justicia, de la insatisfacción popular con el sistema legal y de la desaceleración del desarrollo social y económico. Hay una tendencia creciente a cuestionar la relevancia del sistema tradicional, doctrinalmente orientado, de la educación legal y de los productos de ese sistema para el proceso de toma de decisiones en el sector público y el sector privado de la vida nacional. Está en duda la capacidad de los académicos que trabajan en la tradición de la ciencia jurídica pura para diseñar una máquina jurídica satisfactoria. El dogma de la infalibilidad legislativa ha sido fundamentalmente sacudido. La imagen de la función judicial se expande continuamente. Los abogados de otras partes del mundo se preguntan si las ideas referentes al proceso legal que surgieran de las condiciones peculiares de la Francia revolucionaria y de la Alemania del siglo XIX, son necesariamente válidas para otras naciones en otras épocas. El folclor está perdiendo claramente su poder, pero seguirá ocupando el campo mientras que una visión nueva del proceso legal, aceptable y coherente, aparezca para sustituirlo. Es todavía el modelo residual del proceso legal e, incluso, los académicos que reconocen que ese modelo no está funcionando, dedican mayores esfuerzos a tratar de perfeccionar su diseño básico que a tratar de diseñar un modelo mejor.

Es posible que una de las razones de que no haya aparecido un modelo nuevo sea la

amenaza implícita que plantea a la continuación de la dominación del proceso legal por parte de los académicos. Aunque sería ridículo sugerir la existencia de alguna clase de colusión entre los académicos, el hecho es que el modelo de proceso legal que hemos venido examinando en este capítulo fue creado y ha sido felizmente perpetuado por los 86

académicos. No han llegado muy lejos los esfuerzos que se han hecho en el mundo del derecho civil para introducir

la jurisprudencia de los intereses, el realismo legal, el enfoque del derecho y la sociedad, el derecho y la economía, así como el análisis de las políticas públicas y el derecho, por mencionar sólo algunos ataques coherentes contra el modelo tradicional; no han sido ignorados, simplemente, no han penetrado muy hondo en la conciencia legal. Cada uno de estos enfoques requeriría un análisis más interdisciplinario, a fin de redefinir la función del juez en la sociedad y cuestionar muchos de los presupuestos de la tradición del derecho civil. Pero los estudiosos que los promueven descubren que las escuelas de derecho son fortalezas difíciles y que los abogados tradicionalistas son tercos y un poco sordos. Sin embargo, la tradición del derecho civil está llena de gente innovadora y ninguna batalla definitiva se ha perdido.

Revisaremos este tema en los dos últimos capítulos.

87

XIII. LA DIVISIÓN DE LA JURISDICCIÓN

EL PAÍS de derecho común típico tiene un sistema judicial unificado que podría representarse como una pirámide con un solo tribunal supremo en la cúspide. Cualquiera que sea el número de clases diferentes de tribunales y la forma en que se divida la jurisdicción entre ellos en las partes bajas de la pirámide, todos los casos están por lo menos potencialmente sujetos al escrutinio final de un tribunal supremo. La decisión en una acción penal, en una acción privada entre las partes de un accidente automovilístico o un contrato, en la queja de un ciudadano acerca de la legalidad de la acción administrativa, en una discusión acerca de derechos constitucionales y en la apelación contra un fallo de indemnización dictado por un tribunal administrativo: todas estas resoluciones pueden ser revisadas por el mismo alto tribunal. Nos parece muy natural que el poder final para revisar la legalidad de la acción administrativa y la constitucionalidad de la acción legislativa, así como para escuchar y decidir finalmente el gran conjunto de apelaciones en disputas civiles y penales, deba residir en un tribunal supremo.

Las cosas suelen ser muy diferentes en el mundo del derecho civil. Allí es común encontrar dos o más conjuntos de tribunales separados, cada uno de ellos con su propia jurisdicción, su propia jerarquía de tribunales, sus propios jueces y su propio procedimiento, todo ello dentro de la misma nación. El caso que corresponda a una jurisdicción no podrá ser considerado en las otras, ni en primera ni en segunda instancias.

Si puede representarse como una pirámide el sistema judicial de derecho común, el sistema judicial típico del derecho civil deberá contemplarse como un conjunto de dos o más estructuras distintas.

La más importante de estas jurisdicciones, la que afecta de manera más obvia y frecuente la vida del ciudadano ordinario, es el sistema de los llamados tribunales

"ordinarios". Tales tribunales, administrados por jueces "ordinarios", conocen y deciden el gran conjunto de litigios civiles y penales. Son los descendientes modernos de los diversos tribunales civiles existentes en Europa durante el periodo del *jus commune* y que constituyeron uno de los objetivos principales de la reforma revolucionaria. Cuando hablamos de los jueces de derecho civil, nos referimos generalmente a los jueces ordinarios. La teoría de la separación de poderes, en la medida en que se refiere al poder judicial, se aplica al poder judicial ordinario. La preocupación principal de los jueces ordinarios es la interpretación y aplicación de los códigos básicos. Cuando se sacó la administración de justicia de las manos eclesiásticas, locales y privadas, con el
88

surgimiento del moderno Estado nacional, los tribunales ordinarios se convirtieron en el instrumento principal del monopolio estatal de la administración de justicia. Se otorgó a la legislatura el monopolio del proceso nacionalizado de la elaboración del derecho. Se otorgó al poder judicial ordinario el monopolio del proceso nacionalizado de la adjudicación.

La jurisdicción ordinaria, tal como existe ahora en Francia, por ejemplo, es en realidad la combinación de varias jurisdicciones de diverso origen histórico. En la base se encuentra la clase de adjudicación realizada durante el periodo del *jus commune* por los tribunales locales en la solución común de las disputas civiles y penales seculares. Más tarde, a medida que disminuía la jurisdicción civil de los tribunales eclesiásticos en forma gradual, para desaparecer finalmente, el poder ejercido anteriormente por ellos fue absorbido por los tribunales civiles. Los tribunales mercantiles, creados originalmente por los comerciantes para resolver sus disputas, finalmente fueron nacionalizados e incorporados al sistema judicial. En Francia y otros países, los tribunales mercantiles mantienen todavía una identidad separada en primera instancia, pero están sujetos a la misma jurisdicción que los tribunales ordinarios en segunda instancia. En otros países, como Italia, la evolución ha ido más allá: la jurisdicción mercantil ha pasado a formar parte de la jurisdicción ordinaria a todos los niveles y ya no existen tribunales mercantiles separados.

En la cima del sistema de tribunales ordinarios de Francia, y en los países que han seguido el modelo francés, se encuentra la Suprema Corte de Casación, un organismo originado —según vimos antes— como un tribunal no judicial, creado para proveer respuestas autorizadas a cuestiones de interpretación de estatutos que le plantean los jueces ordinarios. Aunque este tribunal no judicial se ha convertido en el tribunal más alto del poder judicial ordinario, su jurisdicción actual muestra todavía las marcas de sus orígenes. En Italia, por ejemplo, la Suprema Corte de Casación sólo conoce cuestiones de "interpretación y aplicación del derecho". Por lo tanto, las partes pueden recurrir a la Corte de Casación sólo si pueden formular su objeción de modo que se ponga en duda la forma en que el tribunal inferior interpretó o aplicó un estatuto, una regulación o una costumbre. La argumentación de que el tribunal inferior interpretó o

aplicó indebidamente un contrato, un testamento o una escritura constitutiva no es una cuestión de interpretación de "el derecho" (aunque a menudo puede convertirse fácilmente en tal cuestión) y, por lo tanto, no podrá plantearse ante la Corte de Casación. También se excluyen las argumentaciones acerca de los hechos del caso; sólo se permiten argumentaciones sobre cuestiones de derecho.

Además, la Corte de Casación solamente decide la cuestión de derecho que se le haya planteado, no decide el caso. Si le parece correcta la interpretación del tribunal inferior, lo declara así. Si descubre que el tribunal inferior cometió un error de interpretación, explicará cuál es la interpretación correcta, anulará la decisión y ordenará al tribunal inferior (u otro tribunal del mismo nivel) que reconsidere el caso.

Así pues, la jurisdicción ordinaria de un país típico de derecho civil combina elementos de la jurisdicción distribuida anteriormente entre los tribunales civiles del 89

periodo del *jus commune*, los tribunales eclesiásticos, los tribunales mercantiles y el tribunal especial creado después de la Revolución francesa para abordar los problemas de interpretación de los estatutos. En las cuestiones civiles (es decir, no penales), los tribunales ordinarios aplican el derecho encontrado en los códigos civiles y mercantiles y en la legislación complementaria. Su procedimiento en tales casos está gobernado por el código de procedimientos civiles. En los casos penales, los tribunales aplican el derecho encontrado en el código penal y en la legislación complementaria; su procedimiento en tales casos está gobernado por el código de procedimientos penales. Los tribunales ordinarios también aplican regularmente una gran cantidad de derecho que no está contenido en estos cinco códigos básicos y su legislación complementaria, pero todavía se tiende a considerar la jurisdicción ordinaria y los códigos básicos como funcionalmente equivalentes.

Un país típico de derecho civil tendrá también un conjunto de tribunales

administrativos, enteramente separados y poseedores de una jurisdicción independiente.

La razón básica es, de nuevo, la doctrina revolucionaria de la separación de poderes. Una de las quejas contra el poder judicial (es decir, contra los jueces ordinarios) en Francia, antes de la Revolución, era que los jueces interferían indebidamente en las labores administrativas del gobierno en diversas formas. En Inglaterra, los tribunales tenían las facultades de *mandamus* (para obligar a un funcionario a cumplir con su deber) y *quo warranto* (para cuestionar la legalidad de un acto realizado por un funcionario público).

En Francia, en cambio, uno de los objetivos de las reformas revolucionarias era el de privar a los jueces ordinarios de todo poder para determinar la legalidad de la acción administrativa o controlar la conducta de los funcionarios públicos. Así como la separación del poder legislativo y el poder judicial negaba a los jueces toda oportunidad de interferir en el proceso legislativo, la separación del poder administrativo y el poder judicial les negaba esa oportunidad en el proceso administrativo.

La noción de que la legislatura habría de ser la fuente suprema del derecho significaba que no podría haber ningún poder administrativo inherente. La administración habría de funcionar sólo en la medida y dentro de los límites de la autoridad que le otorgara el legislador. En consecuencia, todo acto administrativo estaba potencialmente sujeto a la prueba de la legalidad, y se necesitaba un organismo distinto de los juzgados

—excluidos por la doctrina de la separación de poderes— para que decidiera sobre la legalidad de la acción administrativa. En Francia se satisfizo esta necesidad con el Consejo de Estado, que se inició como un cuerpo de asesores del rey y gradualmente se convirtió en el órgano central de la administración gubernamental. A sus funciones administrati-

vas se sumó la de conocer y decidir las quejas referentes a la legalidad de la acción administrativa, y la sección del Consejo de Estado, que regularmente ejercitaba esta facultad, desarrolló pronto características judiciales. Tiene su propio procedimiento y su propio catálogo de recursos, y ha construido sobre una base estatutaria endeble un cuerpo inmenso de derecho de casos individuales que se publica regularmente y es utilizado por los abogados. Las decisiones fundamentales (*les grands arrêts*) del Consejo de Estado constituyen una fuente principal del derecho administrativo francés. Varios 90

otros países, entre ellos Bélgica e Italia, han seguido el modelo francés y asignado una jurisdicción administrativa similar a sus propios Consejos de Estado. En otros países, como Alemania y Austria, se han creado tribunales administrativos especiales.

La teoría es que la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción administrativa están separadas y son exclusivas, de modo que un caso cae en una o la otra, pero nunca en ambas. Sin embargo, a veces se presenta un caso dudoso; si tal caso se plantea ante el tribunal administrativo, por ejemplo, el demandado sostendrá que corresponde en realidad a la jurisdicción ordinaria. A pesar de los grandes esfuerzos de académicos y legisladores, no se ha encontrado todavía ningún criterio simple, infalible, de modo que la cuestión se decide por el litigio. Tres ejemplos del procedimiento de decisión de esta cuestión en Europa resultarán instructivos. En Italia, la Suprema Corte de Casación es la autoridad máxima en los conflictos de jurisdicción entre los tribunales ordinarios y los tribunales administrativos. En Francia, decide en última instancia el conflicto un tribunal especial, llamado el Tribunal de Conflictos. En Alemania, el tribunal ante el que se ejercite la acción decide si corresponde o no a su jurisdicción; su decisión puede ser apelada dentro de su jurisdicción, pero no está sujeta a ninguna revisión.

Después de la segunda Guerra Mundial, cuando se crearon constituciones rígidas en Alemania e Italia, debió encontrarse algún método de revisión legislativa de la constitucionalidad. Era deseable que las decisiones de inconstitucionalidad fuesen obligatorias para otros organismos gubernamentales y también en casos subsecuentes (es decir, que tuvieran efectos *erga omnes*). Era claro que esta facultad no podría ser ejercitada por el poder judicial (es decir, por los jueces ordinarios) sin violar la doctrina de la separación de poderes y limitar la supremacía de la legislatura. La clase de ideas que habían conducido a la creación de una jurisdicción separada para revisar la legalidad de la acción administrativa llevó a alemanes e italianos a establecer tribunales constitucionales separados para este propósito. Los fundamentalistas del derecho civil han sostenido ocasionalmente que estos tribunales no pueden ser realmente tribunales, ni los funcionarios que los administran pueden ser jueces (ya que los tribunales y los jueces sólo interpretan y aplican el derecho elaborado por la legislatura en sentido estricto), pero esta concepción se ha derrumbado ante la clase de relajamiento del principio que llevó al público a considerar al Consejo de Estado como un tribunal y a los funcionarios que lo administran como jueces. El principio de la separación de poderes y la imagen que se hace el derecho civil tradicional de la función judicial continúan aplicándose al trabajo de los jueces ordinarios. No se piensa que los tribunales administrativos y constitucionales separados violen ese principio.

En consecuencia, en el mundo del derecho civil suelen encontrarse conjuntos separados de tribunales que realizan las funciones correspondientes a los sistemas unificados de los Estados Unidos y otros países de derecho común. Pero en algunos países de América Latina, donde en la época de la independencia fue particularmente fuerte la influencia de la revolución estadunidense y el derecho público de los Es-

tados Unidos, se establecieron sistemas judiciales unificados. El modelo varía de un país a otro.

Allí donde existe un sistema judicial unificado, éste refleja un fenómeno más general: la 91

influencia sustancial del modelo estadunidense sobre el derecho público latinoamericano, por comparación con su influencia mínima sobre el derecho privado. Sin embargo, por razones que explicaremos más adelante, los tribunales supremos de tales jurisdicciones unificadas nunca han alcanzado el prestigio o ejercido el poder del modelo estadunidense, o sólo recientemente lo han alcanzado.

92

XIV. LAS CATEGORÍAS LEGALES

ES OBVIO que el derecho puede dividirse de varias maneras para cumplir una diversidad de funciones. Es igualmente obvio, aunque más difícil de demostrar, que toda división del derecho tendrá que configurar el sistema legal. La división convencional del derecho se convierte en una parte del derecho mismo, repercutiendo en la manera en que se formula y aplica ese derecho. Por ejemplo, la forma en que se divida y clasifique el derecho repercutirá en actividades tales como la caracterización (cómo se caracterizará un problema para su tratamiento legal), la enseñanza (los cursos que integrarán el programa de estudios de las escuelas de derecho), la investigación (cuáles serán los campos típicos de la especialización de los jurisconsultos), la organización de las bibliotecas de derecho (cómo se clasificarán los libros), la codificación (cuál será un área del derecho apropiada para la codificación), la elaboración y publicación de obras jurídicas (cuál será el área de interés de un libro o una revista jurídica), y la comunicación ordinaria entre los abogados.

La forma generalmente aceptada de la división y clasificación del derecho en el mundo del derecho civil es muy di-

ferente de la que resulta habitual para el abogado de derecho común.

Uno de los aspectos más característicos del método tradicional de división del derecho en el derecho civil es el grado apreciablemente mayor de la insistencia y la confianza en la validez y utilidad de las definiciones y las distinciones formales. Mientras que los abogados de derecho común tienden a considerar convencional la división del derecho, es decir, como el producto de alguna mezcla de historia, conveniencia y hábito, la influencia de los académicos, y en particular la de la ciencia jurídica, ha llevado a los abogados de derecho civil a tratar la cuestión de la división del derecho en términos más normativos. Como hemos visto en el capítulo X, las definiciones y las categorías se consideran científicamente derivables de la realidad jurídica objetiva. Una vez descubiertas y refinadas con espíritu científico, estas definiciones y categorías se incluyen en la reconstrucción sistemática del derecho que es la sustancia de la ciencia jurídica. Así se funde lo descriptivo con lo prescriptivo. La importancia que los jurisconsultos otorgan al sistema, a la abstracción, al formalismo y a la pureza robustece el efecto, aparentemente normativo, de las distinciones y definiciones de la ciencia jurídica. Las definiciones y categorías pasan a formar parte de la estructura legal sistemática que utilizan los investigadores, se enseña a los estudiantes y se incorpora así al derecho. Su utilidad metodológica se considera incidental para su validez esencial.

La división principal del derecho en la tradición del derecho civil lo separa en derecho 93

público y derecho privado. La mayoría de los abogados de derecho civil consideran esta distinción fundamental, necesaria y, en general, evidente. Los tratados, las monografías y los manuales de enseñanza contienen análisis de esta dicotomía, a menudo en confiados términos dogmáticos que acallan las dudas incipientes. El estudiante de derecho europeo o latinoamericano, que encuentra esta división tajante

al principio de su carrera, tiende a absorberla sin espíritu crítico. Pronto, se convierte en algo básico para su perspectiva legal. Algunos jurisconsultos atacan la dicotomía (que Thomas Erskine Holland, jurista inglés, llama "la escisión poderosa") como algo que no consideran fundamental ni necesario, y ciertamente poco claro; pero tales dudas asaltan raras veces al abogado típico de derecho civil. Sabe que el derecho público y el derecho privado son esencialmente diferentes. Cuando parece difícil la clasificación en uno u otro campo, tiende a culpar al orden positivo legal por no comprender y articular todavía en forma adecuada la naturaleza verdadera de la realidad subyacente. Afortunadamente, los jurisconsultos continúan trabajando en tales problemas, de modo que, al final, la ciencia jurídica lo aclarará todo. Mientras tanto, continúan apareciendo estatutos, decisiones y doctrinas que suponen o tratan de aclarar la dicotomía, incrustándola más aún en el derecho. El examen de los orígenes y la "crisis" actual de la distinción es un procedimiento interesante para aprender más acerca de la tradición del derecho civil.

La distinción entre el derecho público y el derecho privado tiene una historia larga en la tradición del derecho civil. Hay cierta incertidumbre en cuanto a si apareció por primera vez en el derecho romano clásico o sólo más tarde, en el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, pero no hay duda de que los Glosadores y los Comentaristas establecieron la distinción en sus escritos y enseñanzas. Pasó a formar parte del bagaje común de supuestos del *jus commune*, y se utilizó activamente durante el proceso de codificación y reforma del siglo XIX. Más adelante en el mismo siglo, cuando se sometió el derecho al escrutinio de los jurisconsultos, la división entre el derecho público y el derecho privado se volvió básica para su reconstrucción sistemática del orden legal. La historia continua de la escisión le dio autoridad y la incrustó en la cultura. Los conceptos utilizados por los juriscon-

sultos durante muchos siglos parecieron fundamentales, necesarios y evidentes.

Gran parte de la fuerza que se encuentra detrás de la escisión entre el derecho público y el derecho privado en el pensamiento jurídico de la Europa moderna es ideológica, una manifestación de las corrientes de pensamiento económico, social y político dominantes en los siglos XVII y XVIII que encontraron expresión en los códigos civiles de Francia, Austria, Italia y Alemania en el siglo XIX. Este derecho civil codificado era el meollo del derecho privado, y los conceptos dominantes de los códigos eran la propiedad privada individual y la libertad de contrato individual. Esta insistencia individualista era una expresión, en términos forenses, del racionalismo y el derecho natural secular de la época. El hincapié en los derechos de propiedad y de contrato en los códigos garantizaba los derechos individuales contra la intrusión del Estado. Se creía que los códigos civiles desempeñaban una función constitucional. El derecho privado era el área del derecho donde la única función del gobierno era el reconocimiento y la observancia de los derechos privados.

94

Diversos supuestos secundarios acompañaban a esta actitud básica. Entre ellos se encontraba una visión primitiva de la economía, donde los actores principales eran individuos privados, y una visión muy limitada de la esfera apropiada de la actividad gubernamental. No se contemplaban asociaciones de individuos que desarrollaran una actividad concertada, como las sociedades anónimas y los sindicatos, ni una participación amplia del gobierno en la vida económica y social de la nación, con cuyos aspectos nos familiarizamos en el siglo XX. En el universo legal, los únicos actores eran el individuo privado y el Estado, cada uno con su campo propio: el derecho privado para uno y el derecho público para el otro.

En la investigación jurídica del siglo XIX se aceptó esta ideología, a veces quizá sin ninguna restricción. En efecto,

gran parte del esfuerzo de la ciencia jurídica se destinó a la elaboración de teorías que materializaban, pero no expresaban directamente, lo esencial de lo que suele llamarse el liberalismo del siglo XIX. Uno de los logros principales de los Pandectistas alemanes fue la elevación de esta ideología a un nivel muy sistemático y abstracto en nombre de la ciencia jurídica: lo hicieron tan bien que estas actitudes esencialmente decimonónicas se han preservado en gran parte de la investigación jurídica europea del siglo XX. Los conceptos fundamentales de la doctrina alemana son formulaciones jurídicas del papel de la autonomía individual en el derecho, y operan en un área de igual extensión que la del derecho privado.

Fue una especie de implicación negativa de esta ideología del derecho privado el hecho de que una actitud enteramente diferente resultara apropiada para las cuestiones del derecho público. Allí no se limitó el papel del gobierno a la protección de los derechos privados; por el contrario, la consideración principal era la protección del interés público por la acción estatal. Desde este punto de vista, el derecho público tenía dos grandes componentes: el derecho constitucional en el sentido clásico —el derecho por el que se constituye la estructura gubernamental— y el derecho administrativo, el que gobierna la administración pública y sus relaciones con los individuos privados. En las relaciones legales privadas, las partes son iguales y el Estado es el árbitro. En las relaciones legales públicas, el Estado era una de las partes y, como representante del interés público (y sucesor del príncipe), era una parte superior al individuo privado. El desarrollo de estas dos ideologías tan diferentes, la del derecho privado y la del derecho público, fortalecía la distinción en el orden legal.

En el capítulo XIII vimos que la doctrina de la separación de poderes requería la existencia de dos conjuntos de tribunales: los tribunales administrativos y los tribunales ordinarios. En los países de derecho civil ha habido gran discu-

sión, legislación y litigio acerca de la división de la jurisdicción entre estos dos conjuntos de tribunales. En ningún país, la distinción establecida entre el derecho público y el derecho privado es congruente por completo con la distinción entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción ordinaria. (Por ejemplo, el derecho penal, invariablemente clasificado como derecho público por los europeos, se mantiene de manera uniforme en la jurisdicción ordinaria.) Sin embargo, subsiste una correspondencia aproximada entre el derecho privado y la jurisdicción ordinaria, ya que en Europa han sido tradicionalmente los tribunales 95

ordinarios los encargados de resolver las controversias que involucran a los derechos privados. Esto no quiere decir que todas las cuestiones del derecho público (distintas de las cuestiones penales) corresponden exclusivamente a la jurisdicción administrativa y todas las cuestiones del derecho privado (además de las cuestiones penales) corresponden a la jurisdicción ordinaria. El problema es mucho más complicado, pero la distinción entre derecho público y derecho privado se relaciona estrechamente con el fenómeno del sistema separado de tribunales administrativos de la Europa continental y otras partes del mundo del derecho civil.

Así pues, diversas influencias se combinan para dar a la distinción una importancia especial en la tradición del derecho civil: *1)* los académicos, en particular los jurisconsultos, con su hincapié en las estructuras conceptuales sistemáticas y su capacidad para convertir lo descriptivo en prescriptivo; *2)* la tradición, ya que la distinción es importante por lo menos en catorce países; *3)* la ideología, profundamente arraigada en los conceptos de la ciencia jurídica, aparentemente libres de valores, y *4)* la división de la jurisdicción entre los tribunales ordinarios y los tribunales administrativos.

Por otra parte, ha habido grandes cambios en el gobierno y en las instituciones económicas y sociales; en consecuencia, es evidente ahora una gran disparidad entre las bases de la teoría legal y los hechos de la vida contemporánea. La

distinción se encuentra en crisis, y esta crisis es el tema de una discusión abundante y animada en los círculos jurídicos europeos. Convendrá examinar brevemente algunas de las razones.

Primero, los abogados de derecho civil han aprendido mucho acerca del derecho común. Un jurista pueblerino del siglo XIX habría podido creer, en el continente europeo, que el derecho común era rudimentario y bárbaro en comparación con el derecho civil.

Pero la creciente interacción cultural entre el mundo del derecho civil y el mundo del derecho común y, en particular, el florecimiento de los estudios de derecho comparado en la Europa continental, han revelado al abogado del derecho civil que el derecho común anglo-norteamericano no es apreciablemente menos sensible, eficiente o justo que su propio sistema legal. Está consciente de que otras sociedades capitalistas democráticas de Occidente han podido alcanzar un estado avanzado de desarrollo legal sin establecer una distinción técnica entre el derecho público y el derecho privado. Esto no lo lleva necesariamente a concluir que su propio sistema legal debiera descartar la dicotomía, pero sugiere que tal dicotomía no existe necesariamente en todo orden legal desarrollado.

Segundo, el régimen nazi en Alemania, el periodo fascista en Italia, la legalidad socialista en el Imperio soviético y una diversidad de gobiernos totalitarios en América Latina en el siglo XX, han tendido a despejar la cómoda ilusión de que las concepciones tradicionales del derecho civil acerca del derecho público y el derecho privado expresaban una verdad científica, ideológicamente neutral. A medida que la Europa del derecho civil se volvía ideológicamente heterogénea, los términos legales familiares adquirían significados poco comunes. Las aseveraciones opuestas de los reformadores sociales, de que "todo derecho es derecho público", y de Lenin en el sentido de que

"todo derecho burgués es derecho privado", ilustran este punto. Los abogados astutos de derecho civil han estado siempre conscientes de que estas concepciones tenían, en el 96

fondo, una base ideológica, pero la historia política del siglo XX ha ampliado y agudizado esa conciencia. Términos tales como los de derecho público y derecho privado no llevan consigo ningún significado dado; su significado es aportado por la cultura de una época y un lugar dados. Esta perogrullada ha sido subrayada por partidarios y enemigos de las concepciones tradicionales.

Tercero, los gobiernos han cambiado; ahora es común que el Estado se involucre en

la sociedad y la economía. El Estado individualista del siglo XIX ha sido sustituido por el Estado social del siglo XX. A menudo se ha considerado que la expansión del papel del gobierno conduce a una contracción del área destinada a la autonomía privada. De acuerdo con una corriente de pensamiento, los conceptos del derecho privado fundamental han sido modificados consiguientemente por la adición de elementos sociales o públicos; abundan en la literatura términos tales como la "socialización" o

"publicitación" del derecho privado. Las constituciones modernas, empezando con la Constitución mexicana de 1917 y la de Weimar de 1919, limitan explícitamente los derechos privados en aras del interés público, produciendo lo que los abogados de derecho civil llaman comúnmente la "función social" de la propiedad y otros derechos privados. Un autor más inclinado hacia la doctrina tradicional podría insistir en que el contenido legal de los derechos privados —en oposición a su contenido social y económico— permanece inalterado bajo los nuevos gobiernos, pero tal distinción no es persuasiva. En efecto, el contenido de los derechos privados se ha alterado sustancialmente.

Cuarto, la participación del Estado en la vida económica de la nación se ha realizado, en medida creciente, a través

de la actuación directa de entidades estatales o corporaciones de control estatal involucradas en empresas comerciales o industriales, y usando las formas legales del derecho privado. De esta manera, el derecho privado ejerce una presión creciente sobre la actividad pública que no se desarrolla por el conducto tradicional de la administración, sino por conducto de la empresa industrial y comercial, por órganos estatales o por compañías controladas por el Estado. Algunos investigadores del derecho administrativo han resumido esto como una tendencia hacia la

"privatización" del derecho público, una expansión del papel del derecho privado a expensas del derecho administrativo.

Quinto, en el siglo XX crecieron la importancia y el reconocimiento legal de los llamados grupos intermedios: asociaciones de personas que realizan una actividad concertada. Resulta claramente inadecuada la imagen anterior de un universo legal poblado sólo por el individuo y el Estado, cada uno con su propio papel claramente definido. En su lugar, se encuentra un universo mucho más complicado, poblado no sólo por el individuo y el Estado, sino también por una gran diversidad de organismos tales como los sindicatos, las cooperativas, las fundaciones, las compañías comerciales e industriales, los consorcios y las sociedades religiosas. Muchos de estos organismos —

bastará mencionar los partidos políticos, los sindicatos y las corporaciones comerciales e industriales— ejercen gran poder económico y social, sobre todo en las sociedades democráticas de la posguerra. Constituyen una especie de gobierno "privado", que 97

frecuentemente ejerce sobre la vida de gran número de individuos una influencia mayor que la de los gobiernos "públicos" formalmente constituidos. En un universo legal tan complicado, parecen perder su utilidad las dicotomías simples tales como la de derecho público y derecho privado.

Sexto, las constituciones europeas y latinoamericanas se han convertido en el vehículo para la enunciación de derechos individuales fundamentales, tales como los derechos de propiedad, las garantías del derecho a realizar una actividad económica, etc.

Los códigos civiles se han visto privados así de su función constitucional. Esa función se ha transferido de las fuentes más privadas del derecho privado a las fuentes más públicas del derecho público. En cierto sentido, esto podría describirse como una

"constitucionalización" o "publicitación" del derecho privado. Este desarrollo tiende a reducir la importancia de la distinción existente entre el derecho público y el derecho privado a los ojos de quienes ven la distinción primordialmente como un medio de protección de los derechos individuales.

Séptimo, las constituciones rígidas y la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación se han establecido en la mayoría de los países de Europa y América Latina.

En algunas naciones existen tribunales constitucionales especiales, mientras que en otras son los tribunales ordinarios quienes desempeñan esta función, lo cual reduce inevitablemente la importancia de las teorías rigurosas acerca de la separación de poderes, y tiende a borrar la distinción existente entre el derecho público y el derecho privado en la mente de quienes ven una relación estrecha entre esa distinción y la separación de poderes.

Octavo, las diferencias sustantivas existentes entre el derecho público y el derecho privado se han reducido por la acción de dos fuerzas separadas pero relacionadas. Por una parte, el crecimiento del derecho administrativo ha generado restricciones cada vez mayores al poder del Estado para desatender o violar los derechos de las personas privadas. La búsqueda del Rechtsstaat —la insistencia en la aplicabilidad del derecho al Estado mismo— conduce en última instancia a un sistema legal homogéneo en el que el

Estado es sólo uno de los sujetos del derecho, aunque un sujeto muy importante. Esta tendencia se ha reforzado por los esfuerzos de los académicos para aplicar la estructura conceptual de la ciencia jurídica tradicional, originalmente desarrollada a partir del derecho privado, a los campos del derecho público. Estas dos tendencias aunadas han producido un fuerte movimiento hacia la "privatización" del derecho público.

Noveno, los objetivos y métodos tradicionales de la ciencia jurídica y la teoría general del derecho que se enseña en las universidades, ambos derivados de la obra de los Pandectistas del siglo XIX, fueron atacados en el siglo XX por una avanzada pequeña pero creciente de académicos. Otros, que consideran a la ciencia jurídica tradicional válida pero gastada, buscan direcciones nuevas para la obra fundamental de la investigación jurídica. Un resultado es que el campo de interés del académico se ha expandido más allá del derecho mismo; ahora, se interesa por saber cómo se relaciona el derecho con el contexto cultural que lo vivifica y con la sociedad cuyos problemas trata de resolver. Otro resultado es un relajamiento de la insistencia en la validez y la utilidad de las estructuras 98

conceptuales y el pensamiento lógico-formal. Hay una tendencia clara hacia una jurisprudencia más "abierta" y una metodología menos técnica. En el curso de este desarrollo, un hincapié primordialmente metodológico en la distinción de derecho privado y derecho público pierde, de manera inevitable, algo de su fuerza.

Por último, las naciones de derecho civil han experimentado el crecimiento de campos que ponen en tela de juicio la clasificación de derecho público o derecho privado.

Por ejemplo, el derecho laboral y el derecho agrario son una mezcla de elementos públicos y privados, y son incompatibles con la clasificación tradicional. En las universidades existen cátedras, cursos e institutos en estos campos y se publican regularmente algunas revistas dedicadas a ellos. Su

existencia tiende a borrar más aún la distinción entre el derecho público y el derecho privado.

Entonces, podemos decir que en el mundo del derecho civil está en proceso una modificación drástica de las concepciones tradicionales del derecho privado y el derecho público. Por las razones antes mencionadas, la distinción continúa teniendo gran importancia práctica. Incluso bajo la influencia de las fuerzas que tienden hacia nuevas definiciones, ciertas áreas sustanciales siguen siendo claras, y la gran mayoría de los problemas e intereses siguen siendo fácilmente clasificables en una categoría o la otra.

Pero en la frontera de ambos campos hay gran movimiento, y muy pocos abogados cultos de derecho civil intentarían ahora cualquier definición funcional del derecho privado o del derecho público.

El efecto prescriptivo de la distinción que se hace entre el derecho público y el derecho privado tiende a superar su utilidad descriptiva, pero la distinción tiene también una función descriptiva. Sirve para resumir una división del trabajo, una separación del derecho en partes más pequeñas, a fin de facilitar la enseñanza, la investigación y el análisis. Sin embargo, los aspectos prescriptivos tienden a remarcar la distinción, aunque se use en un sentido descriptivo. Por regla general, un profesor de derecho privado no trata de enseñar o estudiar los aspectos públicos de su tema. Aunque enseñe acerca de la propiedad, por ejemplo, no estudiará los impuestos de la propiedad, la regulación del uso de la tierra urbana, ni la protección constitucional de los derechos de propiedad. Todas éstas son partes del derecho público que deja a los especialistas en cada área.

También, tiende a establecer distinciones muy marcadas, incluso dentro del derecho público y el derecho privado, entre el procedimiento y la sustancia, y entre un campo sustantivo y otro. En general, tales distinciones aparecen considerablemente más resaltadas en el mundo del derecho civil que en el mundo del derecho común. Es raro que el investi-

gador persiga un problema hasta su término, pasando por encima de las fronteras; y la noción de que debemos mantenernos dentro de nuestro propio territorio se ha convertido de manera gradual en un supuesto importante de la doctrina y, por ende, en una parte del derecho mismo. En efecto, en algunos casos extremos, se concibe que las distinciones de esta clase materializan la realidad, indican una clasificación que no es sólo convencional sino que se basa en la naturaleza del material mismo. Por lo tanto, ocasionalmente encontramos un análisis doctrinal acerca de la autonomía de ciertos temas, aunque el campo examinado parezca formado más por un accidente histórico que

99

por sus cualidades inherentes. En un caso límite, un autor puede insistir en que sólo uno de varios arreglos del derecho propuestos es correcto.

En consecuencia, el abogado de derecho civil divide el derecho en derecho público y

derecho privado y un grupo de híbridos (como el derecho laboral y el derecho agrario) que tienen elementos de ambos campos. El derecho público se divide a su vez en derecho constitucional, derecho administrativo y derecho penal. El procedimiento penal suele incluirse en esta clasificación, en parte, debido a su estrecha relación con el derecho penal. La clasificación adecuada del procedimiento civil ha originado una abundante discusión académica. En la actualidad, la concepción dominante se inclina a considerarlo como parte del derecho público.

El derecho privado está integrado por el derecho civil y el derecho mercantil. El derecho civil es con mucho el más importante. Es la manifestación moderna del componente más antiguo de la tradición del derecho civil: el derecho civil romano. Hasta el inicio de la declinación general de la jurisdicción temporal de los tribunales eclesiásticos, el derecho civil vivía en un estado de simbiosis con el derecho canónico.

Cuando se secularizaron los sistemas de justicia, después de la Reforma, el derecho civil sobrevivió, muy enriquecido por el derecho canónico, y este último perdió la mayor parte de su importancia temporal. Ahora existe una tendencia comparable hacia la absorción del derecho mercantil por el derecho civil.

Como vimos en el capítulo I, el derecho mercantil se inició como un sistema de justicia separado, creado por los comerciantes para gobernar sus propios negocios. Tenía sus propias reglas y costumbres, su propio sistema de tribunales y jueces, sus propios procedimientos de adjudicación y ejecución y su propia clientela. No formaba parte de los sistemas oficiales de la justicia civil, penal o eclesiástica. Estas características independientes del derecho mercantil se han ido perdiendo gradualmente. La justicia mercantil se nacionalizó con el surgimiento del Estado nacional. El derecho del procedimiento civil se extendió a los procedimientos de los tribunales mercantiles. Poco a poco empezó a desaparecer la noción de una jurisdicción mercantil separada. Hoy día, en algunos países, ya no existen tribunales mercantiles separados, ni siquiera de nombre. En otros países, tales tribunales tienen una existencia nominal separada en primera instancia, pero se distinguen de los tribunales civiles ordinarios sólo por la presencia de un comerciante que se sienta en el estrado con los jueces civiles. En segunda instancia no existe ninguna distinción: el mismo tribunal que decide las apelaciones civiles conoce y decide las apelaciones mercantiles. En tal sistema, el tribunal mercantil ya no es un tribunal separado; es una subjurisdicción especial del tribunal civil.

El derecho mercantil sigue siendo objeto de un código mercantil separado en la mayoría de los países de derecho civil. Pero esto también está desapareciendo. Tanto Suiza como Italia han abolido sus códigos mercantiles separados y han incluido en sus códigos civiles las materias antes integrantes de sus códigos mercantiles. Los encargados de la re-

visión del Código Civil francés han recomendado que Francia siga un camino similar. Otros países harán lo mismo, sin duda.

En las universidades siguen existiendo cátedras separadas de derecho mercantil y las

100

bibliotecas de derecho en el mundo del derecho civil contienen una abundante bibliografía sobre el derecho mercantil. Pero los abogados civilistas tienden a dominar cada vez más; son ellos quienes hacen la obra teórica básica para todo el derecho privado (y gran parte del derecho público). La doctrina del derecho mercantil acepta la obra de los juristas de derecho civil y sobre ella se construye. Por un proceso gradual pero aparentemente inexorable, el derecho mercantil deja de ser un campo paralelo dentro del área del derecho privado y se convierte en una división o una especialización del derecho civil. El derecho civil se está volviendo sinónimo del derecho privado; el derecho mercantil se está "civilizando".

A medida que el derecho civil avanza, y el derecho mercantil pierde gradualmente su

identidad separada, está ocurriendo un proceso análogo al enriquecimiento del derecho civil por el derecho canónico. En general, el derecho civil ha contemplado tradicionalmente las transacciones celebradas entre individuos como hechos jurídicos aislados. En cambio, el derecho mercantil ha contemplado las transacciones que involucran a los comerciantes como parte del flujo normal de la actividad comercial. A través de los siglos, esta diferencia de actitud ha generado diferencias en las reglas y las prácticas. Como sería de esperarse, en los países industriales-comerciales modernos ha tendido a preferirse el enfoque del derecho mercantil sobre el enfoque del derecho civil.

Este proceso se ha descrito como la "comercialización" del derecho privado.

El derecho privado está integrado así por dos grandes campos que coexisten en una simbiosis. El derecho civil se enriquece por la "comercialización"; el derecho mercantil disminuye por la "civilización" y está en decadencia. Se tiende hacia un derecho privado unificado que es sinónimo del derecho civil. Persiste la subtradición más antigua dentro de la tradición del derecho civil, pero es cada vez más cuestionada. Existe una abundante bibliografía sobre la publicitación del derecho privado, la privatización del derecho público, la *penalización de la République*, la constitucionalización del proceso y así sucesivamente. Se cuestionan las categorías que parecían tener un carácter ontológico y su utilidad se pone en duda. Volveremos a la reformulación de categorías en la tradición del derecho civil en un capítulo posterior.

101

XV. LAS PROFESIONES LEGALES

COMO ocurre con las divisiones de la jurisdicción y del derecho, descritas en los capítulos XIII y XIV, la división del trabajo entre los abogados profesionales del mundo del derecho civil presenta características poco familiares en el mundo del derecho común y particularmente en los Estados Unidos. Los estadunidenses suelen concebir *la* profesión legal como una sola entidad; para ellos, un abogado es siempre un abogado, cualquiera que sea la clase de trabajo legal que desempeñe en un momento dado. Muchos jóvenes graduados se inician como abogados privados, abogados del gobierno o miembros de los

departamentos legales de las empresas, y permanecen en tales puestos durante toda su vida, pero es común que cambien de una rama de la profesión a otra. Durante su vida de trabajo, un abogado puede desempeñar diversos empleos legales. Puede pasar uno o varios años como ayudante de un juez estatal o federal tras su graduación en la escuela de derecho. Puede pasar algún tiempo en la oficina de un fiscal de distrito o local, o en la oficina legal de un organismo es-

tatal o federal, o puede unirse al departamento legal de una empresa. Luego, podrá pasarse a la práctica privada. Si tiene una carrera afortunada, finalmente podrá obtener un nombramiento de juez estatal o federal. Los estadunidenses consideran normal que el abogado se mueva sin dificultad de una posición a otra y no consideran necesario que tenga un adiestramiento especial para ninguna de estas clases de trabajo diferentes.

Las cosas son distintas en las jurisdicciones de derecho civil. Allí, el joven graduado tiene que elegir entre diversas carreras profesionales. Puede iniciar una carrera de juez, de fiscal, de abogado gubernamental, de abogado privado o de notario. Debe tomar esta decisión pronto y atenerse a las consecuencias. En teoría, puede moverse de una de estas profesiones a otra, pero tales movimientos son relativamente raros. La elección inicial, una vez realizada, tiende a ser definitiva en la mayoría de los casos. El punto de entrada a cualquiera de estas carreras se encuentra casi siempre en la parte inferior y el avance depende, con frecuencia, tanto de la antigüedad dentro de la carrera como del mérito. La experiencia en otra carrera legal no otorga un inicio más avanzado ni alguna ventaja formal en el proceso del avance. Así, el abogado joven se encierra pronto en una carrera cuyo abandono tenderá a ser demasiado costoso.

En consecuencia, las líneas divisorias de las carreras tienden a ser muy marcadas.

Quienes trabajan en una rama de la profesión legal llegan a considerarse diferentes de los otros. Desarrollan su propia experiencia, su propia imagen laboral, su propia asociación profesional. Las rivalidades, los problemas jurisdiccionales y las fallas de comunicación 102

entre diferentes clases de abogados tienden a ocurrir con mayor frecuencia que en los Estados Unidos, donde hay una sola profesión legal unificada. Inglaterra, con su división de la profesión en miembros de la barra y litigantes, se aproxima un poco más al modelo del derecho civil, pero todavía

dista mucho de exhibir el grado de separación e inamovilidad que suele encontrarse en el mundo del derecho civil. La burocratización, especialmente evidente en las diversas carreras legales gubernamentales, es

apreciablemente mayor que en el mundo del derecho común, donde una fácil movilidad lateral entre las diversas ramas de la profesión legal genera un modo de entrada y de avance muy diferente.

La tendencia de la elección inicial de la carrera legal a ser definitiva y la consiguiente separación marcada de cada rama de la profesión legal se combinan para producir varios efectos considerados inconvenientes por muchos abogados civilistas. Con frecuencia, se toma la decisión de la carrera sin tener una base adecuada para elegir, antes de que el joven abogado se haya expuesto suficientemente al conjunto de posibles carreras legales para decidir sensatamente cuál es la mejor para él. El aislamiento entre las carreras, la tendencia a identificarse sólo con un conjunto de intereses y funciones profesionales estimulan una limitante estrechez de la actitud y una "balcanización" de las profesiones legales. Éstas son algunas de las razones por las que, en ciertos países, los estudiantes de derecho deben experimentar una etapa de adiestramiento práctico en la que deben participar durante ciertos periodos en el trabajo de los jueces, los abogados gubernamentales y la práctica privada, antes de que puedan ser admitidos en alguna carrera legal. Esta institución está más desarrollada en Alemania, donde el estudiante que se gradúa debe pasar dos años y medio (un periodo llamado el *Referendarzeit*) en tal programa de adiestramiento práctico.

El poder judicial constituye un ejemplo obvio e interesante de los fenómenos que estamos describiendo. Al graduarse en la escuela de derecho (o tras el periodo de adiestramiento práctico, cuando así se requiera), el estudiante que desee llegar a ser un juez solicitará de inmediato su admisión en el poder judicial; si es seleccionado (a menudo sobre la base de

un examen competitivo), ingresará al estrato inferior de la profesión. En algunos países, el joven graduado asistirá a una escuela especial para jueces, pero en la mayoría de los países se verá pronto asignado al estrato más bajo de la jerarquía de tribunales en una parte remota del país. A resultas de alguna combinación de antigüedad y mérito demostrado, gradualmente ascenderá en la jerarquía judicial a posiciones más convenientes y prestigiosas y, finalmente, se jubilará. En general, competirá por posiciones convenientes sólo contra otros miembros del poder judicial. La designación para los puestos del tribunal más alto —una Suprema Corte de Casación o su equivalente— puede abrirse en teoría a distinguidos abogados practicantes o profesores, pero tales nombramientos son raros. Los tribunales más altos, como los tribunales inferiores, tienden a ser administrados exclusivamente por quienes han ascendido dentro del servicio de la carrera judicial. El juez típico no habrá practicado jamás el derecho, ni habrá trabajado en ninguna otra rama de la profesión legal, excepto quizá durante el adiestramiento práctico requerido después de la graduación en la universidad. Restringirá 103

sus contactos profesionales y sociales a otros jueces. Verá el derecho sólo desde el punto de vista del juez. Será un especialista.

El fiscal o agente del ministerio público es también un servidor civil y, de ordinario, tiene dos funciones principales. La primera consiste en actuar como acusador en los juicios penales, preparando y presentando las demandas estatales contra los demandados ante un tribunal. En este sentido, se parece a un fiscal de distrito en un estado típico de los Estados Unidos. En cambio, su segunda función principal es muy diferente: deberá representar el interés público en procedimientos judiciales entre individuos privados. Es posible que deba intervenir así, incluso en primera instancia, en diversas acciones de la clase considerada de ordinario como cuestiones legales privadas, que sólo involucran

los intereses de las partes. También podrá intervenir en otros asuntos en primera instancia, típicamente acciones que involucran la posición personal y las relaciones familiares. Por último, en algunos países tendrá que comparecer y presentar su propia concepción independiente de la interpretación y aplicación correctas del derecho en acciones ejercitadas ante los tribunales ordinarios más altos. La teoría indica que una de las funciones primordiales de tales tribunales es la interpretación y la aplicación correctas del derecho, que no puede esperarse siempre que las partes presenten todos los argumentos y que los jueces necesitan la asistencia de un fiscal para asegurar una concepción imparcial, en aras del derecho.

El joven graduado que quiera llegar a ser fiscal o ministerio público, presentará de ordinario el examen estatal para esta carrera poco después de abandonar la universidad o completar su adiestramiento práctico; si tiene éxito, entrará a la parte inferior del servicio e iniciará así una carrera para toda la vida. Recientemente, se ha observado en las jurisdicciones de derecho civil una tendencia hacia la "judicialización" del servicio del ministerio público, ya que los fiscales desempeñan funciones cuasijudiciales, de modo que deben tener algo de la independencia y la inamovilidad de los jueces. Esta tendencia ha avanzado considerablemente en varios países donde los fiscales han pasado a formar parte del poder judicial, sobre todo en Italia. Sin embargo, la carrera de los jueces y la de los fiscales siguen siendo carreras separadas dentro del poder judicial, incluso en estos países; aunque la tendencia final pueda ser una fusión de las dos funciones, esto no ha ocurrido todavía. En particular, la relación existente entre el fiscal y el ministerio de justicia, que ejerce autoridad sobre su trabajo, sigue siendo muy diferente de la relación existente entre el juez y ese ministerio. Sin embargo, la judicialización del cargo de fiscal ha tendido a alentar la movilidad entre la profesión judicial y la fiscal.

En algunas jurisdicciones de derecho civil no existe ninguna carrera general de abogado gubernamental; las oficinas y los organismos gubernamentales individuales tienen sus propios departamentos legales, pero la designación, el ascenso, el sueldo, las condiciones de trabajo y los beneficios pueden variar ampliamente de un organismo a otro. El abogado trabaja para un organismo o una oficina y se identifica con ellos, en lugar de hacerlo más generalmente con un cuerpo de abogados gubernamentales. En otros países hay una oficina de abogados gubernamentales que provee servicios legales para todos los organismos estatales. Incluso en el primer caso, la designación y el ascenso 104

se encuentran burocratizados y regularizados. Y en todo caso, la dificultad del movimiento lateral a otra rama de la profesión tiende a fijar al abogado gubernamental en su carrera. Como ocurre con el servicio judicial y el servicio del ministerio público, el estudiante que desee convertirse en abogado gubernamental toma el examen estatal tras de completar su educación jurídica y su adiestramiento práctico, e ingresa a ese servicio en el estrato inferior. Normalmente permanece allí durante toda su vida.

El abogado de derecho civil es lo más semejante que podemos encontrar en relación

con el *attorney-at-law* de los Estados Unidos. Las divisiones de esta profesión en subespecialidades (por ejemplo, en Francia, el *avocat* y el *avoué*; en Italia el *avvocato* y el *procuratore*) sobreviven todavía en algunos países, pero están perdiendo rápidamente su importancia. El abogado aconseja a sus clientes y los representa en un tribunal.

También puede ayudarlos a planear sus negocios mercantiles y de propiedades. Será un producto de la escuela de derecho de una universidad y, típicamente, de un periodo de aprendizaje en el despacho de un abogado experimentado.

Tradicionalmente, los abogados suelen ejercer en despachos en los que son el único abogado principal, con uno o dos abogados jóvenes asociados. En algunos países estaban

prohibidas las asociaciones para la práctica de la abogacía. La integración europea y la globalización han cambiado las cosas y han surgido, en las grandes ciudades del mundo del derecho civil, firmas legales semejantes a las de los Estados Unidos. Algunas de estas firmas son verdaderamente internacionales, con sucursales en varios países, o son sucursales de grandes despachos estadunidenses o británicos. Pero incluso las pequeñas firmas tienden a asociarse con despachos extranjeros. En muchas capitales de Europa y América Latina, los bufetes de abogados donde varios idiomas se hablan y escriben son bastante comunes.

Asimismo, los departamentos de derecho corporativo estaban restringidos. En

Francia, por ejemplo, los abogados internos no eran reconocidos como abogados, sino que se clasificaban como asesores legales *(conseillers juridiques)*. Las nuevas reglas han borrado esas distinciones y los *avocats, avoués*, y *conseillers* ahora se consideran miembros de la misma profesión. Las antiguas restricciones tenían que ver con la imagen de una profesión "liberal", de los abogados como personas totalmente independientes, libres de aceptar o rechazar a sus clientes y que tomaban sus propias decisiones acerca de cómo debían manejarse los casos.

En general, todos los abogados practicantes deben ser miembros de una barra de abogados, la que con frecuencia es oficialmente reconocida y tiene autoridad para establecer reglas que gobiernen la práctica de la profesión, incluyendo el nivel de los honorarios. Al igual que en los Estados Unidos y otros países, los miembros de la barra tienden a participar en política y llegan a ocupar altos cargos públicos. Aunque esto varía de una nación a otra, en muchos países de derecho civil se observa que el porcentaje de altos funcionarios públicos que iniciaron su carrera como abogados practicantes es tan elevado como en los Estados Unidos, o más.

Si el abogado del derecho civil se asemeja mucho a nuestro abogado practicante, toda

semejanza entre el notario de derecho civil y el notario público de los países de derecho 105

común es sólo superficial. Ambas ocupaciones tienen los mismos orígenes históricos, pero han evolucionado de manera muy diferente. Nuestro notario público es una persona de muy escasa importancia. El notario de derecho civil es una persona de considerable importancia.

El notario del país de derecho civil típico desempeña tres funciones principales.

Primero, elabora proyectos de importantes instrumentos legales, tales como testamentos, escrituras constitutivas de empresas, compra-ventas de inmuebles y contratos en general.

Los abogados elaboran a veces ciertos instrumentos, pero el notario continúa realizando la mayor parte de este trabajo en los países de derecho civil. (Sin embargo, a pesar de la posición establecida del notario en este campo, existe cierta tensión entre los abogados y los notarios por cuestiones jurisdiccionales.)

Segundo, el notario certifica algunos instrumentos. Un instrumento certificado (llamado "acta pública" en todo el mundo del derecho civil) tiene efectos probatorios especiales: establece concluyentemente que el instrumento mismo es genuino y que su contenido refleja de manera fiel lo que dijeron las partes y lo que el notario vio y escuchó. En un procedimiento judicial ordinario no se admiten pruebas en contrario de lo enunciado en un instrumento público. Quien desee atacar la autenticidad de un instrumento de este tipo deberá ejercitar una acción especial para tal propósito, y tal acción se realiza raras veces.

Tercero, el notario actúa como una especie de oficina de registros públicos. Debe conservar el original de todos los instrumentos que elabore y proporcionar copias certificadas

a solicitud de los interesados. Una copia certificada tiene de ordinario el mismo valor probatorio que el original.

Los notarios suelen tener una posición casi monopólica. Un país de derecho civil típico se dividirá en distritos notariales y en cada distrito tendrán competencia exclusiva un número limitado de notarios. Al revés de lo que ocurre con los abogados, quienes están en libertad de negarse a servir a un cliente, el notario debe servir a todos los solicitantes de sus servicios. Esto, aunado a sus funciones como oficina de registro y su posición monopólica, tiende a convertirlo en un funcionario público a la vez que es un funcionario privado. El acceso a la profesión de notario es difícil porque el número de las oficinas notariales es muy limitado. Los candidatos a puestos notariales deben ser de ordinario graduados de escuelas de derecho universitarias y deben seguir un aprendizaje en la oficina de un notario. Típicamente, los aspirantes a tales puestos tomarán un examen nacional y, si tienen éxito, se les asignará una vacante cuando se presente, aunque en algunos países todavía debe el aspirante afortunado comprar la "oficina" a su propietario. De ordinario habrá una organización nacional de notarías que desempeñará para los notarios la misma clase de funciones que desempeña la asociación de la barra nacional para los abogados, así como lo hacen otras organizaciones de jueces, fiscales y abogados gubernamentales.

Llegamos por último al jurista académico, quien enseña en las escuelas de derecho y

escribe la doctrina que, como explicamos en el capítulo IX, influye fuertemente sobre todos los aspectos del proceso legal en la tradición del derecho civil. Es el heredero de la 106

tradición del jurisconsulto romano y del académico medieval, cuyas opiniones han tenido una autoridad formal obligatoria para los jueces en algunos periodos de la historia de la tradición del derecho civil. Aparte de la autoridad formal, el jurista académico se considera generalmente co-

mo la persona que se encarga del pensamiento fundamental para toda la profesión legal. Sus ideas, expresadas en libros y artículos, y sus opiniones sobre cuestiones legales específicas planteadas en litigios o en la elaboración de leyes, sobre todo en las áreas cubiertas por los códigos básicos, tienen una importancia sustancialmente mayor que el trabajo de los juristas académicos del mundo del derecho común.

No se alcanza fácilmente la categoría de profesor en una universidad de derecho civil.

El camino hacia el nombramiento en una cátedra vacante es largo, arduo y azaroso. El joven aspirante a una carrera académica se asocia a un profesor como ayudante, a veces con paga y a veces sin ella. Finalmente, tras llenar ciertos requisitos más o menos formales y publicar un libro, tomará un examen estatal para su admisión a la categoría de

"docente privado". Si recibe este título, será considerado apto para un puesto académico.

Cuando queda vacante una cátedra, el aspirante competirá por ella con otros docentes privados y, si el puesto es importante, contra profesores de otras cátedras menos prestigiosas. A lo largo de este proceso, su avance puede depender tanto de la influencia del profesor al que se ha asociado como de su capacidad académica demostrada. Este sistema da al profesor gran poder sobre quienes se han asociado con él en lo tocante a sus carreras. El resultado es un mundo académico integrado por profesores rodeados de un séquito de ayudantes. Se espera que estos ayudantes piensen y trabajen como el profesor, y así se crean y se expanden las "escuelas de pensamiento". El profesor espera una lealtad doctrinal y personal, ya que su poder sobre la carrera del ayudante le permite exigirle tal cosa.

La incertidumbre del éxito en la búsqueda de una cátedra es tan grande que pocos pueden darse el lujo de depender exclusivamente de ello. Además, en muchos países de

derecho civil no se espera que los profesores pasen todo su tiempo, o siquiera la mayor parte, en la escuela de derecho. En particular en América Latina, sus sueldos reflejan este supuesto: son muy bajos por todos conceptos. Las obligaciones formales del profesor consisten en dictar conferencias a sus alumnos durante pocas horas a la semana y administrar exámenes (con la ayuda de sus asistentes) dos o tres veces por año. No se le paga lo suficiente para que viva bien, de modo que divide la mayor parte de su tiempo entre otra carrera legal —de ordinario en la práctica, el poder judicial o un puesto público

— y sus obras doctrinales junto con las de sus ayudantes. Los profesores son maestros e investigadores de tiempo completo en algunas partes del mundo del derecho civil, como ocurre en Alemania, pero se trata de excepciones a la regla general. La tendencia apunta hacia el tiempo completo, pero todavía es sólo una tendencia.

Por lo tanto, el aspirante a un puesto académico suele iniciar otra carrera legal, como una protección contra el posible fracaso en el mundo académico y como una fuente adicional de ingresos, aunque tenga éxito en la competencia por una cátedra. El profesor no trabaja tiempo completo y no se espera que lo haga. En el caso habitual, es también
107

un abogado practicante y el prestigio de su título de profesor puede resultarle muy importante por los negocios que acarreará para su despacho. Un abogado que tenga el título de profesor atraerá clientes importantes y será llamado para que prepare opiniones sobre cuestiones legales elaboradas por otros abogados (y también por jueces) que le pagarán honorarios.

La tendencia del profesor de derecho a ser también un abogado practicante produce lo que parece una especie curiosa de esquizofrenia profesional a los ojos de los abogados de derecho común. Como abogado, será pragmático, concreto, orientado hacia los resultados; seguirá el problema a

donde lo lleve, por encima de las fronteras que separan los campos del derecho; será consciente de los hechos; buscará y citará decisiones judiciales; será un abogado duro, partidista. Como profesor, escribirá y enseñará en el estilo doctrinario prevaleciente, trabajando dentro de la tradición central de la ciencia jurídica; sus escritos y enseñanzas revelarán prominentemente las características académicas típicas del academicismo jurídico del mundo del derecho civil y es posible que, incluso, exagere tales características para compensar con creces el hecho de ser también un abogado litigante; se vuelve agresivamente académico, como una especie de reacción contra su trabajo práctico como abogado; su vida se divide en dos mitades separadas, y adopta una personalidad profesional diferente para cada una de ellas.

Así pues, éstos son los actores principales del proceso legal en la tradición del derecho civil: el juez, el fiscal, el abogado gubernamental, el litigante, el notario y el profesor-investigador jurídico. Cada uno de ellos es un especialista. La profesión legal está fragmentada, lo que contrasta con la profesión legal más fuertemente unificada de los países de derecho común. La diferencia es importante: refleja y refuerza las diferencias más fundamentales existentes entre las dos tradiciones legales. Estas diferencias pueden ilustrarse reconsiderando brevemente las diferencias que se dan entre el juez de derecho civil y el juez de derecho común.

Hemos visto en capítulos anteriores que el juez del derecho civil queda relegado a un papel relativamente secundario en el proceso legal. En cierto sentido, su trabajo es rutinario. No crea ni formula políticas; aplica las reglas creadas y formuladas por otros, siguiendo procedimientos dictados por ellos. En consecuencia, el enfoque de la organización judicial, sin dejar de tener características especiales, es similar en muchos sentidos a la organización de otras ramas del servicio civil. Los jóvenes entran en el estrato inferior y avanzan de acuerdo con la antigüedad y el mérito. Hay procedimientos regulares para la promoción y las evaluaciones

periódicas del desempeño. En virtud de que el trabajo judicial se considera rutinario y poco creativo, puede ponerse sin peligro en las manos de personas jóvenes, inexpertas. Es cierto que tales personas obtienen puestos judiciales secundarios a principios de sus carreras, avanzando a niveles más importantes a medida que adquieren experiencia. Pero es la experiencia *judicial* lo que las califica para manejar los asuntos más importantes. No cuenta la experiencia obtenida en otras ramas de la profesión legal.

La imagen prevaleciente del juez tiende a justificarse a sí misma. La carrera es atractiva para quienes carecen de ambición, quienes buscan la seguridad y quienes tienen 108

pocas probabilidades de destacar como abogados practicantes o en la competencia por un puesto académico. Las condiciones de trabajo y los sueldos corresponden a esta imagen.

En consecuencia, los mejores graduados de las escuelas de derecho buscan su carrera en otra parte. El resultado ha sido, en algunas partes del mundo del derecho civil, que la carrera judicial se ha vuelto un refugio para abogados mediocres. Por supuesto, incluso en tales países hay algunos jueces excelentes, pero la calidad media tiende a ser baja. Las mejores mentes jurídicas suelen encontrarse en otra parte, sobre todo en la práctica y en la vida académica. La profesión legal tiene una estructura clasista claramente definida: los jueces se encuentran en la clase baja.

La calidad y la posición de los jueces se convierte así en un índice bastante confiable de la permanencia de una imagen vigorosa, dentro de un país dado, del proceso legal surgido de la revolución jurídica y fortalecido y refinado por la ciencia jurídica. Cuando es muy fuerte la influencia de estas tradiciones, como ocurre en gran parte de América Latina, la calidad y la posición de los jueces son muy bajas. Este efecto se robustece (y se complica) por el factor adicional de la conciencia de clase social. Las clases altas, que obtienen la mejor educación y tienen amigos influyentes, tienden a

contar con un acceso privilegiado y a dominar la práctica y la vida académica. Los puestos judiciales se entregan frecuentemente a quienes están ascendiendo a la clase media desde orígenes sociales más humildes.

Pero en algunos países, donde los extremos del modelo revolucionario del proceso legal han perdido parte de su poder, y donde se está reduciendo la influencia de la ciencia jurídica sobre la mente legal, hay una tendencia perceptible hacia una judicatura de mejor calidad y posición. Es cierto que esta tendencia es más fuerte fuera del sistema judicial ordinario. Los ejemplos más prominentes se encuentran en los tribunales constitucionales recientemente creados en Austria, Alemania, Italia y España (descritos en el capítulo XVIII) y en tribunales administrativos como la sección judicial del Consejo de Estado francés. Los tribunales internacionales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han convertido en actores legales y políticos importantes. Pero incluso dentro de la judicatura ordinaria, han venido aumentando las facultades —y por ende la posición— de los jueces. Es conocida la obra de la judicatura francesa en la creación y el desarrollo del derecho cuando el Código Napoleónico era omiso o inadecuado. Otro ejemplo es la facultad de los jueces italianos ordinarios para tomar una decisión preliminar acerca de que una objeción constitucional, planteada en un juicio civil o penal, sea "manifiestamente infundada". La creciente conciencia judicial de la estrecha relación existente entre una decisión interpretativa de un estatuto y el resultado probable de un ataque constitucional contra ese estatuto es un ejemplo más. Aunque es improbable que surja de esta evolución algo parecido al juez de derecho común, se está fortaleciendo la posición de la "clase judicial" dentro de la profesión legal.

109

110

XVI. EL PROCEDIMIENTO CIVIL

ASÍ COMO el derecho civil es el meollo del derecho sustantivo en la tradición del derecho civil, el procedimiento civil es el meollo del derecho procesal. En términos estrictos, el derecho procesal civil se aplica sólo al proceso de ejecución judicial de los derechos y las obligaciones derivadas de la parte del derecho privado que es el derecho civil. La naturaleza y los propósitos diferentes del procedimiento penal y la existencia de conjuntos de tribunales separados, tales como los tribunales administrativos, han producido cuerpos separados de procedimiento penal y procedimiento administrativo.

Pero todos los sistemas de procedimientos en la tradición del derecho civil tienen un origen común en el derecho romano, canónico e itálico medieval. Todos han seguido el ejemplo de los procesalistas civiles en la modelación y el desarrollo del derecho procesal.

El procedimiento civil es central y básico, y los sistemas procesales especiales —incluso el procedimiento penal— han tendido a desarrollarse como variaciones del modelo procesal civil.

Al mismo tiempo, hay algunas diferencias importantes entre el procedimiento civil y el penal y, en particular desde el periodo de las revoluciones, el procedimiento penal ha sido un campo independiente para la regulación y el estudio. La mayoría de los sistemas de derecho civil incluyen códigos separados de procedimientos civiles y procedimientos penales. Las disciplinas se enseñan por separado en las escuelas de derecho y ha surgido una literatura separada alrededor de cada una de ellas. Pero en un nivel muy fundamental se basan en nociones comunes y, tradicionalmente, se supone que el desarrollo de tales nociones —teorías generales y principios generales del procedimiento— corresponde al procesalista civil; así como el desarrollo de teorías generales y principios del derecho, como vimos en los capítulos anteriores, es primordialmente la tarea del jurista civil.

Un procedimiento civil típico en una jurisdicción de derecho civil se divide en tres etapas separadas. Hay una breve etapa preliminar, en la que se ejercitan las acciones y se designa un juez (de ordinario llamado el juez instructor); una etapa de recepción de pruebas, en la que el juez recibe las pruebas y prepara un resumen escrito; y una etapa de decisión en la que los jueces que fallarán el caso consideran el expediente que les envía el juez instructor, reciben los alegatos de los abogados, escuchan sus argumentos y toman sus decisiones. Observará el lector que en esta descripción se omite la palabra

"juicio". En términos muy generales, puede afirmarse que en el mundo del derecho civil no existe lo que los abogados de derecho común consideran como un juicio en un procedimiento civil. La razón es que en el mundo del derecho civil nunca ha arraigado el 111

derecho a un jurado en las acciones civiles, tradicional en el mundo del derecho común.

Esta tradición continúa ahora con gran vigor en los Estados Unidos, donde existe, en la mayoría de las jurisdicciones, el derecho constitucional a un jurado civil. (En el resto del mundo del derecho común ha sido abolido el jurado civil.)

La existencia de un jurado ha afectado profundamente la forma de los

procedimientos civiles en la tradición del derecho común. La necesidad de reunir a varios ciudadanos ordinarios para que escuchen el testimonio de testigos y observen las pruebas, aclaren los hechos y los apliquen al derecho bajo las instrucciones de un juez, ha hecho que el juicio asuma la forma de una reunión. El jurado de legos no puede reunirse, suspenderse y volverse a reunir varias veces en el curso de una sola acción sin provocar inconvenientes y gastos. Parece más natural y eficiente que las partes, sus abogados, el juez y el jurado se reúnan en cierto momento y lugar para realizar, de una sola vez, la parte del procedimiento civil que

requiere su participación conjunta. Como sabemos, tal acto es un juicio.

En los países de derecho civil, donde no existe ninguna tradición de juicios civiles por jurado, se ha desarrollado un enfoque muy diferente. No hay ningún juicio al estilo estadunidense; no hay una sola reunión concentrada. El procedimiento civil típico en un país de derecho civil es, en efecto, una serie de reuniones aisladas y de comunicaciones escritas entre los abogados y el juez, en las que se ofrecen las pruebas, se reciben los testimonios, se hacen movimientos y decisiones procesales, etc. Las cuestiones que se concentrarían de ordinario en una sola reunión en una jurisdicción de derecho común se dispersarán en un gran número de apariciones discretas y actos escritos ante el juez que está recibiendo las pruebas. Los juristas del derecho comparado, al observar este fenómeno, hablan de la "concentración" del juicio en los países de derecho común y la ausencia de tal concentración en los países de derecho civil. En general, puede afirmarse que los abogados de derecho civil prefieren el sistema más concentrado y que las jurisdicciones de derecho civil han tendido hacia una concentración mayor, aunque la velocidad del cambio varía ampliamente. (Austria y Alemania avanzan con más rapidez en esta dirección.) Pero la tradición sigue siendo una relativa falta de concentración.

La falta de concentración tiene algunas consecuencias secundarias interesantes. Por una parte, la demanda es muy general y las reclamaciones se definen a medida que avanza el procedimiento; esta práctica difiere considerablemente de la observada en las jurisdicciones de derecho común, donde la formulación precisa de las reclamaciones en los procedimientos de la demanda y los que preceden al juicio se considera como una preparación necesaria para el evento concentrado del juicio. Por razones similares, el abogado de derecho civil dedica de ordinario menos tiempo a la preparación de una presentación ante el tribunal durante la parte de recepción de pruebas del procedimiento civil. La presen-

tación sólo trata de ordinario de interrogar a un testigo o de presentar una o dos pruebas materiales. No existe la presión para preparar todo el caso al inicio mismo del procedimiento que experimenta el abogado de derecho común para preparar un juicio. El elemento de sorpresa se reduce al mínimo, ya que cada presentación es relativamente breve e involucra una parte bastante pequeña del caso total. Habrá mucho 112

tiempo para preparar alguna especie de respuesta antes de la presentación siguiente. La falta de concentración explica también la menor importancia del descubrimiento (la información adelantada acerca de los testigos y las pruebas del contrario) y de los procedimientos preparatorios del juicio (las discusiones preliminares con los abogados de la contraparte y el juez para llegar a un acuerdo sobre las cuestiones que no se discuten realmente, etc.). El descubrimiento es menos necesario porque se gana una escasa ventaja táctica o estratégica, si acaso, con el elemento de la sorpresa. No hay necesidad de procedimientos preparatorios del juicio ante jurados porque no existe tal juicio; en cierto sentido, cada aparición en las dos primeras etapas de un procedimiento de derecho civil tiene características de juicio y de preparación del juicio.

Otra característica del procedimiento tradicional de derecho civil es el hecho de que las pruebas son recibidas y el expediente resumido es preparado por alguien que no es el juez que decidirá el caso. Hemos señalado en el capítulo II que las instituciones procesales contemporáneas del mundo del derecho civil se han visto fuertemente influidas por los procedimientos canónicos medievales. En el procedimiento de derecho canónico, un secretario recibía las pruebas, y era el registro escrito del secretario lo que usaba el juez para tomar su decisión. Este procedimiento se modificó finalmente para colocar la parte del procedimiento de recepción de pruebas bajo la dirección de un juez, pero a menudo serán todavía otros jueces quienes decidan el caso, o un conjunto

de jueces que incluye al juez receptor de las pruebas. Los juristas especializados en el derecho comparado suelen contrastar esta forma de procedimiento con la costumbre existente en el sistema de derecho común donde las pruebas son recibidas en forma directa e inmediata por el juez y el jurado que deberán decidir el caso. En consecuencia, suele hablarse de la "inmediatez" del juicio de derecho común, en oposición a la

"mediatez" del procedimiento de derecho civil. De nuevo, los comentaristas del derecho comparado tienden a creer que el sistema de derecho común es preferible desde este punto de vista, y en las jurisdicciones de derecho civil hay una evolución sostenida hacia una inmediatez mayor. La "cortina documental" que separaba al juez de las partes durante el periodo medieval, y que entonces parecía generar una probabilidad mayor de un procedimiento justo, libre de la influencia ejercida sobre los jueces por personas interesadas, ya no parece necesaria. Por el contrario, la preparación del expediente por alguien distinto del juez que deberá decidir el caso se considera ahora un defecto, porque priva al juez de la oportunidad de ver y escuchar a las partes, observar su comportamiento y evaluar directamente sus declaraciones.

En un sistema mediato, el procedimiento tiende a volverse primordialmente una cuestión escrita. Los habitantes de los países de derecho común conciben un juicio como un acto durante el cual los testigos son juramentados y se les examina y cuestiona oralmente en presencia del juez y del jurado. Los abogados formulan a menudo, en forma oral, mociones y objeciones, y el juez falla oralmente a ese respecto. En cambio, en el derecho civil, incluso las preguntas formuladas a un testigo durante el procedimiento civil son formuladas a menudo por el juez sobre la base de las preguntas presentadas por escrito por los abogados de las partes. Cuando persiste la práctica de hacer que una 113

persona reciba las pruebas y elabore el expediente, mientras que otra persona decide el caso, es obviamente necesario un procedimiento escrito y no un procedimiento oral. Una tendencia hacia la inmediatez en el procedimiento civil lleva consigo una tendencia hacia lo oral, y lo oral se promueve también por la tendencia hacia la concentración. Los procesalistas del derecho civil consideran las tres cuestiones relacionadas entre sí y, con frecuencia, encontramos discusiones en las que la concentración, la inmediatez y el carácter oral se presentan como componentes interrelacionados de las propuestas de reforma al derecho procesal civil.

Los observadores externos se confunden a veces por el hecho de que, en la mayoría

de los países de derecho civil, es el juez —no los abogados de las partes— quien formula las preguntas a los testigos. Esto lleva a algunos a la conclusión de que el juez de derecho civil determina las preguntas que deberán formularse y, al revés de lo que ocurre con el juez de derecho común, en efecto determina el alcance y la profundidad de la investigación. Se habla de un sistema "inquisitorial" de recepción de pruebas en oposición al sistema "adversativo" del derecho común. Esta caracterización es muy engañosa. En efecto, el sistema prevaleciente en el mundo del derecho civil y en el mundo del derecho común es el sistema "dispositivo", en cuyos términos se deja casi enteramente a las partes la determinación de las cuestiones que se plantean, las pruebas que se ofrecen y los argumentos que se formulan. En ambas tradiciones, los jueces tienen ciertas facultades para realizar sus propias averiguaciones, y en Alemania tanto el derecho como la tradición judicial alientan al juez a desempeñar un papel activo en el procedimiento.

Pero en otras partes, los jueces del derecho civil son más pasivos. El juez de derecho común se siente inclinado a intervenir ocasionalmente, pero de ordinario lo hace sólo cuando están involucrados en un caso jóvenes u otras personas incapacitadas, o cuando parece existir un claro interés

público que las partes no están representando adecuadamente. En casos similares de las jurisdicciones de derecho civil, la ley exige que un fiscal u otro funcionario similar participen en el procedimiento como representantes del interés público. Pero estos son casos excepcionales, y en la gran mayoría de los litigios civiles de ambas tradiciones existe la regla de que las partes tienen considerables facultades para determinar la sustancia de los procedimientos. Cuando el juez de derecho civil formula preguntas al testigo, lo hace a petición del abogado y, de ordinario, limita sus preguntas a las formuladas por los propios abogados.

Sin embargo, la práctica de colocar al juez entre el abogado y el testigo ilustra también la ausencia tradicional de lo oral en el derecho civil. En general, el abogado que desee interrogar a un testigo debe preparar previamente una presentación escrita de los

"artículos de prueba" que describa los temas sobre los que desea cuestionar al testigo.

Estos artículos se entregan al juez y al abogado contrario antes de la audiencia en la que deberá examinarse al testigo. En esta forma, el abogado de la contraparte (y posiblemente el propio testigo) conoce por adelantado lo que se discutirá en la audiencia y podrá prepararse. Esto afecta profundamente las posiciones sicológicas del abogado que interroga y del testigo que responde en la audiencia, y este efecto se refuerza por el hecho de que todas las preguntas formuladas por el abogado deben hacerse a través del 114

juez en la audiencia. El modelo común de las preguntas y repreguntas inmediatas, orales y rápidas de los testigos en un juicio de derecho común no existe en el procedimiento de derecho civil.

Las repreguntas, en particular, parecen extrañas al procedimiento de derecho civil.

Nunca ha existido un jurado que pueda ser influido. Se hacen escasos esfuerzos para desacreditar a los testigos (de

alguna manera, tal vez, porque las partes, sus parientes y los terceros interesados han sido —y en muchas jurisdicciones todavía son—

descalificados para comparecer como testigos). El juez instructor está profesional e imparcialmente interesado en la obtención de los hechos relevantes y todas las preguntas se filtran a través del juez. El "ofrecimiento de pruebas" determina el alcance de la declaración del testigo y reduce la posibilidad de la sorpresa. La actividad principal del abogado contrario en el proceso consiste a menudo sólo en hacer sugerencias al juez acerca de la reducción precisa del resumen del testimonio que se registrará en el expediente.

Podemos ilustrar con un ejemplo el contraste existente entre el procedimiento del derecho común y el procedimiento del derecho civil en términos de los criterios interrelacionados de la concentración, la inmediatez y el carácter oral. El abogado de la parte actora puede proponer al juez instructor (por escrito) que se llame a declarar a un testigo. Una copia de este "ofrecimiento de pruebas" se entregará al abogado de la parte demandada, quien podrá objetar, quizá porque crea que el testigo propuesto está descalificado por alguna relación familiar o de negocios con el actor. El juez instructor fijará entonces una audiencia, de ordinario unas semanas más tarde, en la que los abogados presentarán alegatos por escrito y discutirán oralmente la cuestión. El juez instructor considerará entonces la cuestión y finalmente, en el curso de varias semanas más, dictará su fallo por escrito. Si el fallo favorece a quien ofreció la prueba, se fijará una fecha para una nueva audiencia en la que se recibirá la declaración del testigo. En una acción civil típica de un tribunal de derecho común, toda esta secuencia de hechos

—que se extiende varias semanas o meses en un tribunal de derecho civil— se reducirá a menos de un minuto de coloquio oral entre el juez y los abogados. El abogado del actor pide al tribunal que llame a un testigo; el abogado del demandado replica y establece brevemente sus razones; el

abogado actor replica; el juez decide; y si se permite, el testigo, que espera en el vestíbulo, es llamado y sube al estrado.

Supongamos que el testigo del ejemplo anterior es llamado y testifica. El juez instructor tomará notas (no hay ningún registro verbal) del testimonio y dictará un resumen al secretario. Una vez que el testigo y los abogados se pongan de acuerdo sobre la corrección del resumen, éste se incluirá en el expediente que se entrega al conjunto de jueces que deciden, quienes deben basar sus hallazgos de hechos (y justificarlos por escrito) en el expediente. Aunque el conjunto de jueces dictaminadores incluya al juez instructor, como ocurre en Italia, el expediente escrito limita estrictamente la determinación de los hechos. El recuerdo que tenga el juez instructor de las vacilaciones del testigo, de su comportamiento furtivo o de su obvia insinceridad, no podrá afectar los hallazgos de hechos, a menos que se reflejen en el resumen escrito del testimonio que 115

obra en el expediente. En el derecho común, el veredicto de un jurado es un resumen que no requiere enunciados específicos de los hechos. El comportamiento del testigo, al igual que muchos otros factores circunstanciales, puede afectar —y a menudo afecta—

significativamente el veredicto del jurado. Cuando se procesa un caso en nuestros tribunales por un juez que actúa sin un jurado, el juez que decide el caso es el juez que ve y escucha a los testigos. Nuestro procedimiento le permite —en efecto le exige— que base sus conclusiones en sus observaciones y en las palabras del testigo.

Varios factores explican las grandes diferencias existentes en la recepción de pruebas entre la tradición del derecho civil y la del derecho común. Una de las diferencias más importantes es la que se refiere al jurado. En las acciones civiles de las jurisdicciones de derecho común, varias reglas de exclusión, que determinan la admisibilidad o inadmisibilidad de las pruebas ofrecidas, tienen como explicación histó-

rica principal el deseo de impedir que el jurado sea engañado por pruebas indignas de confianza. Se ha rechazado uniformemente otra práctica alterna, la que establece que el jurado de derecho común será prevenido de la escasa confiabilidad de la prueba pero luego se le permitirá que la evalúe dentro de tales circunstancias. Esa prueba quedará totalmente excluida.

El ejemplo más obvio es la "regla de oídas". Supongamos que un testigo afirma que

escuchó una conversación y se le pregunta qué escuchó. La respuesta inmediata en un juicio de derecho común será: "Objeción, su señoría, testimonio de oídas". La regla es que el testigo no puede testificar acerca de lo que otra persona dijo. Esa persona deberá comparecer ante el tribunal para testificar ella misma, de modo que sus afirmaciones puedan ser sometidas a un interrogatorio, su comportamiento observado por el jurado, etc. En consecuencia, el testimonio de oídas queda totalmente excluido. La conveniencia de tal regla, sobre todo en los juicios que no tienen un jurado, se cuestiona a menudo, y la regla misma está llena de excepciones, pero sobrevive para complicar los juicios y mantener fuera de los casos de derecho común ciertas pruebas que podrían resultar competentes y relevantes.

Tales reglas no existen en las jurisdicciones de derecho civil a causa de la ausencia de un jurado en las acciones civiles. Pero esto no significa que puedan presentarse libremente las pruebas, sin ninguna restricción, en los procedimientos de derecho civil.

Por el contrario, existen varias reglas de restricción y exclusión. Pero el origen y las funciones de estas reglas son diferentes de las reglas excluyentes del derecho común.

Para entender estas reglas debemos regresar primero al sistema medieval de la "prueba legal".

La introducción del sistema de la prueba legal en los procedimientos judiciales fue un importante proceso civilizador

en el derecho europeo. Sustituyó al juicio de la batalla y de las ordalías, los métodos convencionales de decisión de los litigios en el turbulento mundo feudal de principios de la Edad Media en Europa. Aunque ahora nos parece arbitrario, rudo e injusto este sistema de prueba legal, con su introducción ejerció una gran influencia humanizadora sobre la administración de justicia y fue un gran paso adelante en el esfuerzo que se hacía para convertir los procedimientos judiciales en investigaciones racionales de la veracidad de alegatos opuestos. Entonces, como ahora, el 116

juez de derecho civil no era una persona muy poderosa; por honesto que quisiera ser, no podía soportar fácilmente la persuasión, el soborno o las amenazas, sobre todo las amenazas de los ricos y poderosos. Para funcionar, el sistema de la prueba legal debía proveer algunos instrumentos a fin de proteger a los jueces contra tales presiones. Los instrumentos desarrollados incluían un conjunto de reglas formales para la ponderación del testimonio, un conjunto de reglas de exclusión y la institución del juramento decisorio (es decir, un juramento que decidiría un hecho controvertido).

Las reglas que gobernaban el peso que debería darse a ciertas clases de testimonio tenían una operación mecánica. El tribunal estaba obligado a otorgar un peso predeterminado al testimonio, basado en el número, la posición, la edad y el sexo de los testigos. Para probar un hecho se requería un número dado de testigos. El testimonio de los nobles, los clérigos y los propietarios prevalecía sobre el testimonio de los plebeyos, los legos y quienes no tenían propiedades. El testimonio de un hombre anciano prevalecía sobre el de una persona más joven. El testimonio de las mujeres quedaba prohibido o recibía una fracción del peso del testimonio de un hombre. Estas y otras reglas similares para la evaluación de las pruebas, en las que se asignaba a todas un valor aritmético *a priori* (prueba plena, media prueba, un cuarto de

prueba, etc.), se basaba en lo que se creía una experiencia común.

Las reglas de exclusión impedían absolutamente el testimonio de ciertas personas.

Los grupos principales de tales personas eran las partes, los parientes de las partes y los terceros interesados. Su testimonio se consideraba básicamente indigno de confianza, de modo que quedaba enteramente excluido. Esta regla protegía la conciencia de las partes contra el perjurio que podrían verse tentadas a cometer para ganar el juicio. Es posible que también haya reducido la vulnerabilidad del juez a la coerción o el soborno.

El juramento decisorio funcionaba de esta manera. La parte *A* podía solicitar el juramento de la parte *B* en relación con un hecho controvertido que era del conocimiento de *B*. Si la parte *B* se negaba a jurar, el hecho se consideraba concluyentemente probado en su contra. Si la parte *B* juraba, el hecho se consideraba concluyentemente probado a su favor. La compulsión de la parte *B* contra el juramento falso no se encontraba sólo en las consecuencias religiosas de tal juramento, sino también en su responsabilidad penal por perjurio y su responsabilidad civil por daños.

La temprana institución del jurado civil en Inglaterra inhibió el desarrollo de algunas de estas restricciones (y generó otras) sobre la introducción y la evaluación de las pruebas en el derecho común. Un grupo de legos era menos vulnerable a las amenazas de violencia u otras formas de la influencia que un juez singular, sobre todo si los jurados eran los "pares" de las partes, como lo exigía el derecho común. En consecuencia, la necesidad de protección otorgada al juez de derecho civil por el sistema de pruebas formales no se experimentaba con tanta intensidad. La necesidad de proteger al jurado contra el testimonio poco confiable no condujo sólo a la descalificación de las personas interesadas como testigos, sino también a un conjunto de restricciones sobre la admisibilidad de ciertas clases de testimonio por

testigos calificados. El jurado, como indagador de hechos, desempeñaba la función servida por el juramento decisorio en dos 117

formas: era un método eficaz para la indagación y liberaba al juez vulnerable de los peligros de la influencia de las partes al dictar su sentencia. En esta forma, aunque la institución del jurado civil desarrolló sus propias características formalistas, el sistema de pruebas formales y el juramento decisorio no alcanzaron en el derecho común la importancia que tuvieron en la Europa continental.

Todavía existen en el mundo del derecho civil algunos vestigios de estos instrumentos medievales. Las reglas mecánicas de la prueba legal se han convertido en las presunciones irrefutables del derecho civil moderno. En algunas jurisdicciones de derecho civil, las partes no pueden atestiguar todavía. El juramento decisorio sigue vigente en muchos países (entre ellos Francia, Italia y España), aunque su uso es primordialmente táctico. En general, sin embargo, el movimiento a favor de la reforma procesal ha tenido como su objetivo lo que se llama la "libre evaluación de las pruebas" por el juez. El espíritu racionalista del periodo revolucionario dio gran impulso a tal movimiento, pero su vigor se vio limitado por la desconfianza generalizada que los jueces inspiraban a los abogados civiles. No obstante, los procesalistas de las jurisdicciones de derecho civil consideran generalmente la libre evaluación de las pruebas como el ideal al que debiera apuntar la reforma.

En los Estados Unidos, si *A* demanda a alguien, de ordinario debe pagar a su abogado, independientemente de que gane o pierda. En los países de derecho civil, tanto como en Inglaterra, el perdedor paga de ordinario los honorarios del abogado del ganador. Aunque esta regla de "pago por el perdedor" parece más justa a primera vista, y en la práctica puede ser preferible, tiene una consecuencia secundaria importante. A fin de evitar que el perdedor deba pagar honorarios exagerados a los abogados, el tribunal usa una tarifa

oficial de pago por servicios legales. El abogado de la parte ganadora presenta su cuenta por los servicios prestados y el tribunal determina los honorarios que el perdedor deberá pagarle de acuerdo con la tarifa. Por supuesto, el abogado puede haber estipulado honorarios mayores con su cliente, pero el cliente deberá pagar la diferencia. Se considera poco ético que el abogado tenga un interés financiero en el resultado de un caso, de modo que se prohíben los arreglos de honorarios contingentes en todas las jurisdicciones de derecho civil. Muchos abogados civiles consideran que el uso de los honorarios contingentes en los Estados Unidos es una práctica escandalosa, aunque algunos reconocen su valor como una forma de ayuda legal.

Por regla general, en las jurisdicciones de derecho civil existe el derecho a una apelación. La "apelación" tiene aquí un significado especial poco familiar en los Estados Unidos, donde se le considera principalmente como un método para la corrección de los errores legales cometidos por el tribunal de instrucción. En la tradición del derecho civil, el derecho de apelación incluye el derecho a la reconsideración de cuestiones de hecho, tanto como legales. Aunque se tiende comúnmente a recurrir al expediente preparado por el tribunal inferior como la base real para la reconsideración del caso, en muchas jurisdicciones tienen las partes el derecho de introducir nuevas pruebas en segunda instancia. Se espera que el jurado de apelación considere todas las pruebas por sí mismo y llegue a una determinación independiente de los hechos y su significación. También 118

debe elaborar su propia opinión plenamente razonada, donde discute cuestiones de hecho y legales.

El uso de un jurado en las acciones civiles de derecho común impide obviamente la revisión de las cuestiones de hecho por un tribunal de apelación. El jurado no descubre hechos específicos; puede considerar, y a menudo considera, el comportamiento y otros factores circunstanciales; no tiene que justificar (es decir, explicar) su veredicto, y sus procedi-

mientos no son escritos. Si el tribunal de apelación pudiera decidir independientemente las cuestiones de hecho, el papel del jurado quedaría en efecto anulado. En la medida en que haya *alguna* base de hecho en el expediente, que apoye el veredicto del jurado (o del juez de instrucción), el tribunal de apelación de una jurisdicción de derecho común la respetará.

Además de la apelación técnica, la parte inconforme tiene generalmente el derecho de

una nueva audiencia ante un tribunal superior. En algunas jurisdicciones (como en Francia e Italia), este procedimiento es el recurso de casación, en otras (como en Alemania) se llama revisión. En ambos casos, la función es similar: proveer una determinación definitiva, autorizada, de todas las cuestiones de derecho involucradas en el caso. En otras palabras, el recurso de casación o de revisión se asemeja a las funciones típicas de los tribunales de apelación del derecho común, los que de ordinario restringen su consideración a los puntos de derecho. Pero el recurso de casación o revisión tiene un matiz un poco diferente a causa de la experiencia histórica de la que han surgido los tribunales que lo utilizan.

Vimos en el capítulo VII que los extremos de la ideología revolucionaria negaban toda función interpretativa a los tribunales y que el Tribunal de Casación se creó en Francia como un tribunal no judicial, al que enviarían los tribunales los conflictos de interpretación del derecho para aliviar a la legislatura de la carga de proporcionar interpretaciones legislativas autorizadas. A través del tiempo, el Tribunal de Casación se ha convertido en un tribunal reconocido, no sólo en Francia sino en todas las jurisdicciones que siguen el modelo francés. En estas jurisdicciones, la Suprema Corte de Casación es el tribunal ordinario más alto, y tiene la función de asegurar la observancia correcta y la interpretación uniforme del derecho. Por un proceso diferente pero análogo, la institución de la revisión se desarrolló en Alemania,

Austria y Suiza. Aunque hay muchas diferencias importantes entre la revisión y el recurso de casación, estas instituciones desempeñan funciones similares. Un alto tribunal en la cima de la judicatura ordinaria tiene facultades para revisar las decisiones de los tribunales inferiores y determinar si han interpretado y aplicado correctamente la ley. Como en el caso francés, los tribunales austriacos, alemanes y suizos son responsables también de asegurar la interpretación uniforme del derecho; en consecuencia, aunque en teoría sus decisiones no son obligatorias para ellos mismos ni para los tribunales inferiores, la suya es la voz final sobre el significado que deba darse a las disposiciones de la ley en todos los tribunales ordinarios.

Por lo general, en las jurisdicciones de derecho civil no hay opiniones concurrentes o disidentes separadas, ni siquiera en segunda instancia. Aunque existen algunas 119

excepciones, la regla general es la de la unanimidad y el anonimato. No se registran siquiera los votos disidentes y se considera poco ético que un juez indique que ha asumido una postura distinta de la anunciada en la decisión del tribunal. En los tribunales constitucionales de algunas jurisdicciones de derecho civil se ha desarrollado recientemente una tendencia hacia el registro de los votos disidentes y concurrentes por separado e, incluso, hacia la publicación de opiniones separadas. Pero la actitud general es que el derecho es claro y así debe aparecer, y que esta certeza se vería disminuida si se anotaran los disentimientos y se publicaran opiniones separadas.

Esta regla se evade en algunos países por la práctica ocasional de un juez insatisfecho que escribe un artículo para su publicación en una revista jurídica. Aunque el artículo se escriba en forma académica o "científica", todos —abogados y jueces— saben que el artículo es un conducto para informar a la comunidad legal de las opiniones disidentes del autor.

Otra diferencia fundamental entre las tradiciones del derecho civil y del derecho común ocurre en los procedimientos de ejecución. Las jurisdicciones del derecho civil no tienen nada comparable a la noción del derecho común del desacato del tribunal civil.

Vimos en el capítulo VIII que, en el derecho común, puede obligarse a una persona a actuar o abstenerse de actuar mediante la amenaza de prisión o de multa por desacato al tribunal, es decir, por negarse a obedecer la orden de un tribunal que se le ha dado en cuanto persona. Suele decirse que hay en el derecho común un amplio conjunto de acciones efectivas *in personam*. En cambio, el derecho civil no conoce el desacato civil del tribunal y tiende a operar sólo *in rem*. Esto significa que, cualquiera que sea el tipo de reclamación que se tenga contra otra persona, sólo podrá hacerse efectiva la reclamación obteniendo en su contra un fallo monetario. Los corolarios de esta diferencia llegan muy atrás en el proceso legal, afectando la definición legal misma de un contrato, por ejemplo.

De acuerdo con la tradición del derecho civil, una promesa que no pueda convertirse en dinero no genera una obligación legal; si la promesa no puede exigirse en términos monetarios, no será exigible de ningún modo.

La carencia de un poder para actuar *in personam* afecta también a todos los aspectos del procedimiento civil en la tradición del derecho civil. El poder para obligar a la presentación de documentos, registros contables y otras pruebas, o para someter a inspección a una de las partes o sus propiedades, es mucho más débil que en las jurisdicciones de derecho común. Los recursos judiciales de los procedimientos civiles se limitan casi totalmente a los que pueden enfocarse contra la propiedad del demandado (por ejemplo, el embargo y la venta de su propiedad, la entrega de una propiedad específica al actor o la evicción de la propiedad), o a los actos que pueden ser realizados por un tercero y cargados al demandado (por ejemplo, la destrucción de una

construcción ilegalmente erigida). En el derecho civil, una persona que desobedece una orden legal del tribunal en una acción civil podrá ser así responsable de los daños causados a una de las partes (como ocurre con la *astreinte* francesa), pero el juez no podrá *castigarla*, a lo sumo, podrá pedir que se le procese penalmente. La única excepción parece ser el amparo latinoamericano, un requerimiento judicial para proteger 120

los derechos constitucionales que otorga al juez la facultad de detener el proceso en caso de desacato. En cambio, el juez de derecho común en un procedimiento civil puede castigar por desacato.

Si hacemos una pausa y observamos los dos sistemas de procedimiento civil, empiezan a surgir los contornos de dos ideologías diferentes. En el mundo del derecho común, el juez es una figura autoritaria que administra un sistema mixto de derecho y equidad. (Se recordará que el tribunal de equidad se originó como un tribunal de conciencia.) Las acciones se ejercitan tradicionalmente en presencia de un jurado integrado por un grupo de vecinos del actor y el demandado que aplican en el procedimiento las actitudes y valores prevalecientes en la comunidad. El juez tiene una facultad de desacato civil que le permite ordenar a las personas que actúen o se abstengan de actuar y castigarlos si se rehúsan. Todo el procedimiento está impregnado de un aire moralista. Las partes desempeñan sus papeles ante el padrejuez y los vecinos-jurado. En cambio, en la tradición del derecho civil, un juez es un funcionario público importante; sin embargo, dista mucho de tener la autoridad y el carácter paternal poseídos por el juez de derecho común. Las partes y los testigos pueden desobedecer sus órdenes con menor temor de una represalia grave. No hay ningún jurado de vecinos que

observen, aprobando o reprobando. La tradición del derecho civil está más

completamente secularizada, es menos moralista y más inmune a la ética del tiempo y el lugar.

Esta diferencia básica de la perspectiva general se ilustra muy claramente en el derecho de los daños. En el mundo del derecho común no vemos nada extraordinario en

la condena al pago de daños penales, daños múltiples y los llamados daños generales (es decir, daños por encima de los probados) en las acciones civiles contra los demandados cuya conducta parezca maliciosa o muy negligente. En la tradición del derecho civil, en cambio, tales daños se conceden raras veces a un actor en un procedimiento civil. La línea divisoria entre lo civil y lo penal es más marcada, y las acciones moralmente reprensibles (es decir, maliciosas o muy negligentes) corresponden al derecho penal más bien que al derecho civil. En el juicio civil, por regla general, la indemnización del actor se limita a la compensación de la pérdida sufrida. Si el demandado ha de afrontar el enjuiciamiento de la comunidad por el carácter moral de su acción, ello deberá ocurrir a través de los procesos del derecho penal, donde el demandado estará protegido contra la imposición arbitraria o exagerada de castigos por el principio del derecho penal, de que no se aplicará ningún castigo por algo que no estaba definido legalmente como un delito en el momento de la acción. Y como ocurre generalmente en el derecho penal de las naciones occidentales, las penas se limitan, en tales casos, a las establecidas en el estatuto.

121

XVII. EL PROCEDIMIENTO PENAL

LA REVOLUCIÓN afectó profundamente a todas las partes de la tradición del derecho civil, pero sus efectos se observan con mayor claridad en el derecho público. Y dentro del campo del derecho público, gran parte de la crítica del *Ancien Régime* y gran parte de las peticiones de reforma tendían a concentrarse en el campo del procedimiento penal. Entre los escritores y filósofos del siglo XVIII que contribuyeron a la ideología de la revolución, la mayoría tenía algo que decir acerca del triste estado del derecho penal y el procedimiento penal. El comentarista más importante en este campo fue Cesare Beccaria, cuyo libro titulado *Tratado de los delitos y las penas*[*] explotó en el escenario europeo en 1764 y se convirtió en la obra más influyente sobre el procedimiento penal de la historia occidental.

El derecho penal sustantivo de los países capitalistas de derecho civil de Occidente no difiere mucho del que rige en los países de derecho común. Las mismas clases de acciones se consideran penales, y los mismos enfoques generales del castigo se analizan y debaten por toda la cultura occidental. En cambio, hay algunas diferencias operativas importantes en el procedimiento penal, y es sorprendente observar la medida en que la reforma revolucionaria del procedimiento penal refleja las causas y los efectos del periodo revolucionario en la tradición del derecho civil. Podemos ilustrar este punto examinando la tesis principal y la organización del libro de Beccaria.

Se inicia el libro con el principio de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*.

Como dice Beccaria: "Sólo las leyes pueden determinar el castigo de los delitos; y la autoridad para la elaboración de leyes penales sólo puede residir en el legislador, quien representa a toda la sociedad unida por el contrato social". Por lo tanto, de acuerdo con Beccaria, los delitos y los castigos sólo pueden establecerse por la ley, y por ley entiende el estatuto. Beccaria analiza luego la interpretación de las leyes. Su posición es que "en los casos penales no tienen los jueces ningún derecho a interpretar las leyes penales, porque no son legisladores". Y además,

los desórdenes que pueden surgir de una observancia rigurosa de la letra de las leyes penales no se comparan con los desórdenes producidos por la interpretación de tales leyes. Una vez fijado el código de leyes, deberá observarse en sentido literal y el juez sólo determinará si una acción se conforma o no a la ley escrita.

En el mismo párrafo, hablando de los jueces, se refiere al "despotismo de esta multitud de tiranos". Más adelante, en el capítulo dedicado a la oscuridad de la ley, dice: 122

Si la facultad de interpretar las leyes es un mal, su oscuridad debe ser otro, ya que lo primero es la consecuencia de lo último. Este mal será mayor aún si las leyes están escritas en un lenguaje desconocido para la gente, quien, ignorante de las consecuencias de sus propias acciones, se volverá inevitablemente dependiente de unos cuantos intérpretes de las leyes que, en lugar de ser públicas y generales, se volverán así privadas y particulares.

Beccaria establece luego dos principios básicos. El primero es que debe haber una proporción entre los delitos y los castigos, de modo que los delitos más graves se castigan con mayor severidad. El segundo es que los castigos deberán aplicarse imparcialmente a los delincuentes, sin tener en cuenta su posición social, puesto o riqueza.

Observará el lector la semejanza de estas observaciones con las características generales de la tradición legal revolucionaria que describimos en el capítulo III. Están impregnadas de positivismo estatal, racionalismo y una preocupación por los derechos del hombre enunciados por la escuela de derecho natural secular. Al mismo tiempo, ciertos principios similares a los enunciados por Beccaria estaban afectando la evolución del procedimiento penal en el mundo del derecho común. Pero había una diferencia en el hincapié, o quizá en la exageración, respecto a estos principios en Europa a resultas de la Revolución francesa y el efecto de esa revolución sobre el pensamiento referente al derecho y al Estado en el mundo del derecho civil. En consecuencia, aun ahora encontramos un acento más marcado, en las jurisdicciones de derecho civil, en lo referente al principio de que todo delito y toda pena deberán estar señalados en un estatuto promulgado por la legislatura. Para un abogado de derecho civil, los tribunales de derecho común parecen violar este principio todos los días cuan-

do otorgan daños penales, daños múltiples o daños generales en acciones civiles, cuando sentencian a individuos por delitos del "derecho común" y cuando castigan sumariamente a ciertos individuos por desacato. Otra diferencia importante entre las dos tradiciones es el movimiento anterior hacia la reforma de la criminología en el mundo del derecho civil.

Bajo la influencia de Beccaria y sus sucesores, se abolió en Toscana la pena de muerte en el siglo XVIII, y por toda Europa surgieron reformas fundamentales que produjeron penas menos drásticas por delitos menores muchos años antes de la introducción de reformas similares en Gran Bretaña y los Estados Unidos.

Es obvio que una insistencia en el principio de la legalidad (no hay delito ni castigo sin un estatuto promulgado por la legislatura), unida al deseo de que tales estatutos se redacten como parte de un esquema racional en un lenguaje que puedan leer los ciudadanos, conduciría a la codificación del derecho penal. En efecto, el primer objetivo de la codificación en la Francia revolucionaria era el derecho penal y, en efecto, se escribió durante la Revolución un código penal. Si se justifica la codificación, se justificará con mayor claridad en los campos del derecho y el procedimiento penales.

Pero una vez alcanzada la justificación en el derecho penal, se extiende sin dificultad a otros campos, sobre todo en una tradición legal donde se desconfía de los jueces y una legislatura representativa es el héroe. Como hemos visto, así ocurría durante todo el periodo revolucionario en el mundo del derecho civil.

123

Una de las comparaciones más comunes que escuchamos acerca del procedimiento penal en las dos tradiciones es que el procedimiento penal en la tradición del derecho civil es "inquisitorial", mientras que en la tradición del derecho común es "acusatorio". Esta generalización es incorrecta y engañosa cuando se aplica a los sistemas de procedimiento penal contemporáneos, pero tiene cierta validez en un contexto histórico. En cierto sentido, puede afirmarse que la evolución en los dos últimos siglos del procedimiento penal en el mundo del derecho civil se ha alejado de los extremos y los abusos del sistema inquisitorial, y que la evolución del mundo del derecho común durante el mismo periodo se

ha alejado de los abusos y los excesos del sistema acusatorio. En otras palabras, los dos sistemas están convergiendo desde direcciones diferentes hacia sistemas mixtos de procedimiento penal aproximadamente equivalentes.

Consideremos en primer término el sistema acusatorio que, generalmente, los

antropólogos consideran como el primer sustituto de la venganza privada que desarrolla una sociedad en evolución. En tal sistema, la facultad para ejercitar la acción reside en la persona afectada, quien es la acusadora. Este mismo derecho de acusación se extiende pronto a los parientes y, a medida que se desarrolla la concepción de la solidaridad social y la necesidad de protección del grupo, el derecho de la acusación se extiende a todos los miembros del grupo. Se selecciona a un funcionario presidente para que escuche las pruebas, decida y sentencie; pero no tiene facultad para ejercitar la acción o determinar las preguntas que se formularán o las pruebas que se ofrecerán, ni facultades inherentes de investigación. Estas cuestiones se encuentran en las manos del acusador y el acusado.

El juicio penal es una contienda entre el acusador y el acusado, con el juez como árbitro.

El procedimiento se desarrolla de ordinario en forma pública y oral, y no está precedido por ninguna investigación oficial (es decir, judicial o policiaca) o preparación de las pruebas.

El procedimiento penal en el derecho civil medieval también fue acusatorio. Las *Siete Partidas*, una importante compilación legislativa de Castilla en el siglo XIII, describen el procedimiento penal como acusatorio; los jueces sólo tenían poderes inquisitoriales en el caso de los crímenes de lesa majestad. El procedimiento inquisitorial se desarrolló más tarde en los tribunales de la Iglesia para los delitos de herejía. Bajo la influencia de este procedimiento canónico y el surgimiento del estatismo en el siglo XVI, todo el procedimiento penal del continente se convirtió en inquisitorial.

El sistema inquisitorial representa típicamente un paso adelante en el camino de la evolución social a partir del sistema de venganza privada. Sus características principales incluyen, en primer término, la atenuación o eliminación de la figura del acu-

sador privado y la apropiación de ese papel por funcionarios públicos y, en segundo lugar, la conversión del juez, de un árbitro imparcial en un inquisidor activo que tiene libertad para buscar pruebas y controlar la naturaleza y los objetivos de la investigación. Además, la relativa igualdad de las partes, que es un atributo del sistema acusatorio, donde dos individuos contienden ante un árbitro imparcial, ha sido drásticamente alterada. Ahora, la contienda se establece entre un individuo (el acusado) y el Estado. A través de la historia, los procedimientos inquisitoriales han tendido a ser secretos y escritos, antes que públicos y 124

orales. El desequilibrio del poder resultante, combinado con el secreto del procedimiento escrito, genera el peligro de un sistema opresivo, donde puede abusarse fácilmente de los derechos del acusado. El caso análogo más desacreditado en el mundo del derecho común es la Cámara de la Estrella, que era básicamente un tribunal inquisitorial.

Pero la Cámara de la Estrella era excepcional en la tradición del derecho común. El sistema tenía básicamente una naturaleza acusatoria y el desarrollo temprano del jurado como un participante necesario en el procedimiento penal de Inglaterra tendía a impedir todo movimiento vigoroso hacia excesos como los del sistema inquisitorial del continente.

Para que un jurado tuviera la facultad de determinar la culpabilidad o inocencia del acusado, los procedimientos tendrían que ser orales y conducidos en presencia del jurado. Aunque en un momento temprano del desarrollo del juicio penal inglés se estableció la regla de que el acusador no estaba obligado a emplear y compensar al abogado acusador, el fiscal público llegó muy tarde al derecho común. Aun ahora, en Inglaterra se con trata a un miembro de la barra de abogados para que represente el interés público en un procedimiento penal, y será compensado con los fondos públicos.

La creación de una fuerza policiaca profesional y de un fiscal público para que investiguen la comisión de delitos, compilen pruebas, busquen la autoridad para acusar y en efecto conduzcan el procedimiento penal en nombre del Estado, son logros relativamente recientes en el mundo del derecho común. En efecto, representan un alejamiento del sistema acusatorio y un acercamiento al sistema inquisitorial. Pero la naturaleza pública del jui-

cio, el carácter oral de los procedimientos en el juicio, la existencia de un jurado y las limitaciones de las facultades del juez, se combinan para perpetuar algunas de las características más convenientes del sistema acusatorio. El resultado es una especie de sistema mixto de procedimiento penal.

En el mundo del derecho civil, el movimiento hacia los extremos del modelo inquisitorial se vio impulsado por el resurgimiento del derecho romano, la influencia del procedimiento canónico y, sobre todo, por el surgimiento del estatismo. La acción penal era una acción del Estado en contra del individuo acusado. Los procedimientos eran escritos y secretos. El acusado no tenía derecho a ser asesorado, se le podía obligar a testificar bajo juramento y la tortura era un instrumento común para extraer el testimonio y producir una prueba. El juez no se limitaba al papel de árbitro imparcial, sino que desempeñaba un papel activo en el procedimiento y determinaba su alcance y su naturaleza. El príncipe, como la personificación del Estado, tenía la facultad de castigar y perdonar, libre de restricciones contra las leyes *ex post facto*, de los principios de tratamiento igualitario de los individuos, o de lo que llamaríamos ahora las consideraciones de humanidad y justicia.

A resultas de la obra de Beccaria y otros autores del siglo XVIII, se agudizó mucho el sentimiento público contra los abusos del procedimiento penal y la reforma de tal procedimiento se convirtió en uno de los objetivos principales de las revoluciones europeas. Los reformadores de la época señalaban al procedimiento penal de Inglaterra como un ejemplo de los sistemas justos, democráticos, y pedían la reforma de su propio procedimiento penal de acuerdo con los lineamientos del derecho común. Entre las 125

demandas destacaban: *1)* la institución del jurado; *2)* la sustitución del procedimiento escrito secreto por el procedimiento público oral; *3)* la implantación del derecho del acusado a la asesoría; *4)* la restricción de las facultades inquisitoriales del juez; *5)* la abolición del requisito de que el acusado declarara bajo juramento; *6)* la abolición de la tortura, y *7)* la abolición de la intervención arbitraria del soberano en el proceso penal, mediante la pena o el perdón.

En el fervor de la Revolución francesa se intentó abolir el procedimiento penal del Antiguo Régimen, para sustituirlo por un procedimiento enteramente nuevo, basado en el modelo inglés. Pronto se hizo evidente el fracaso de tal esfuerzo y ocurrió una contrarrevolución. En Francia, el resultado es un sistema mixto integrado en parte por elementos de la época prerrevolucionaria y en parte por las reformas impuestas después de la Revolución.

El procedimiento penal típico del mundo del derecho civil puede considerarse dividido en tres partes básicas: la fase de investigación, la fase de examen (la instrucción) y el juicio. La fase de investigación queda bajo la dirección del fiscal, quien también participa activamente en la fase del examen, supervisada por el juez examinador. La fase del examen es primordialmente escrita y no pública. El juez examinador controla la naturaleza y el alcance de esta fase del procedimiento; se espera que investigue el asunto exhaustivamente y elabore un expediente escrito completo, de modo que al terminar la etapa examinadora se hayan registrado todas las pruebas relevantes. Si el juez examinador concluye que se ha cometido un delito, y que el acusado es el responsable, el caso pasará a juicio. Si decide que no se cometió ningún delito, o que el delito no fue cometido por el acusado, el asunto no irá a juicio.

Alemania abolió en 1975 la fase del examen. Todo el proceso anterior al juicio se encuentra ahora en manos del fiscal y de la policía, como ocurre en los Estados Unidos.

En los juicios de crímenes importantes, un panel de jueces y legos da el veredicto. El juicio que se concentra, como en el derecho común, puede evitarse mediante una declaración de culpabilidad. A finales del siglo XX, varios países europeos, entre ellos Italia, y la mayoría de las naciones latinoamericanas habían reformado su procedimiento penal según el modelo alemán. El final del siglo XX fue una época especialmente intensa en la reforma del procedimiento penal en el mundo del derecho civil.

En términos muy generales, puede afirmarse que el avance principal hacia un procedimiento penal más justo y humano, realizado en Europa en el último siglo y medio, se ha logrado a través de algunas reformas en las fases de investigación y examen del procedimiento penal. Estas reformas han sido de dos clases principales. Primero, se han hecho grandes esfuerzos para desa-

rrollar un cuerpo de fiscales que actúen de manera imparcial y objetiva. En Italia, por ejemplo, los fiscales son ahora miembros de la judicatura, con una inamovilidad similar a la de los jueces que los protege contra las influencias. Segundo, se han desarrollado varias salvaguardias procesales para ayudar al acusado en la protección de sus intereses durante la fase de examen. Entre tales salvaguardias destaca el derecho del acusado a ser representado por abogados durante esta fase del procedimiento. Esto no quiere decir que el abogado del acusado tenga una 126

libertad total para repreguntar a los testigos o presentar pruebas en nombre de su cliente.

La fase del examen es conducida todavía por un juez. Pero el abogado del acusado puede participar en los procedimientos para proteger los intereses de su cliente, llamando la atención del tribunal sobre ciertas cuestiones y aconsejando a su cliente sobre su comportamiento a medida que se desenvuelve el procedimiento. El expediente compilado

por el magistrado examinador está abierto a la inspección de la defensa, lo que provee rutinariamente una información sobre los argumentos del fiscal que en un proceso estadunidense quedaría vedado a la defensa hasta que su presentación fuese requerida por una moción de descubrimiento o se revelara en el juicio.

En general, es posible interrogar al acusado durante la fase de examen y en el juicio.

Pero no puede ser juramentado y puede negarse a contestar. Su negativa de respuesta, al igual que sus respuestas, serán tomadas en cuenta al decidir si es culpable o inocente y al fijar la pena. Hasta las reformas recientes no existía un sistema desarrollado de interrogatorio comparable al nuestro, a pesar de que el fiscal podía sugerir preguntas que los jueces harían a la parte demandada.

En nuestro sistema de justicia penal, no es necesario que el acusado suba al estrado, y están prohibidas las inferencias derivadas de la ausencia de su declaración. Pero si el acusado declara, deberá ser juramentado y quedará sujeto a las repreguntas del fiscal. Un eminente investigador del derecho comparado ha afirmado que nuestro sistema impone al acusado una "elección cruel" entre la declaración bajo juramento, sujeto a las repregun-

tas, y la ausencia de toda declaración. Sugiere que el derecho civil es más humanitario porque no somete al acusado a una elección tan drástica.

A consecuencia de la naturaleza de la fase de examen del proceso penal, el juicio mismo tiene un carácter diferente del de un juicio de derecho común. Las pruebas han sido recibidas ya, el expediente se ha formado y está a disposición del acusado, su defensor y del fiscal. El juicio tiene la función de presentar el caso al juez y al jurado, así como permitir que el fiscal y el abogado defensor presenten sus argumentos. Por supuesto, también es un acto público, el que por su misma publicidad tiende a limitar la posibilidad de una acción gubernamental arbitraria.

En la retórica ortodoxa del derecho civil, la declaración de culpabilidad era admisible como prueba, pero no podía usarse para evitar el juicio. La corte debía determinar la culpabilidad, no el acusado ni el fiscal; en consecuencia, la negociación de los cargos estaba prohibida. De hecho, esta negociación se practicaba de manera encubierta en la mayoría de las jurisdicciones de derecho civil, si no en todas, aun cuando los juristas negaban su existencia y comparaban desfavorablemente la ortodoxia del derecho civil a la prevalencia de dicha práctica en los Estados Unidos. Ahora se ha aceptado abiertamente en Alemania, y en otros sistemas de derecho civil, en el marco de la reforma procesal penal de finales del siglo XX que se describe más adelante en este capítulo. En Italia, por ejemplo, la negociación de los cargos se incluye expresamente en el nuevo código de procedimientos penales, el cual prevé una reducción de un tercio de la pena legal para un acusado que se declara culpable. La negociación de los cargos es, por supuesto, una manera de deshacerse rápidamente del creciente número de casos penales que superan 127

con creces la capacidad de los tribunales en el mundo del derecho civil, así como en el mundo del derecho común.

Con frecuencia encontramos dos malentendidos comunes acerca del proceso penal en

el mundo del derecho civil. Uno de ellos consiste en la creencia de que no hay presunción de inocencia; el otro es la creencia de que no hay derecho a un juicio por jurado. Puede demostrarse que estas creencias están erradas. Aunque la naturaleza precisa

de la presunción y el grado en que sirve para proteger al acusado varían en el mundo del derecho civil, puede afirmarse que sí existe una presunción legal de inocencia en muchas jurisdicciones de derecho civil. En las jurisdicciones donde no existe tal presunción como una regla de derecho formal, surge algo muy semejante en la fase de examen del proceso penal, donde el carácter del juez examinador y el carácter judicial de la función del ministerio público tienden a impedir el enjuiciamiento de personas que probablemente no sean culpables.

El supuesto común de que en el mundo del derecho civil no existe el derecho a un juicio por jurado es contrario a los hechos. El jurado o su equivalente funcional es una institución establecida desde las reformas del periodo revolucionario. Quizá no esté disponible para un conjunto tan amplio de delitos (incluso en algunos estados de la Unión Americana no se concede un juicio por jurado en los casos de infracciones menores), quizá no esté integrado por doce personas, quizá asuma con frecuencia la forma de asesores legos que se sientan en el estrado con el juez y, aunque se parezca a nuestro jurado, quizá no tenga que rendir un veredicto unánime de culpabilidad para que el acusado sea declarado culpable. Éstas son diferencias importantes, sobre todo cuando se suman, entre nuestra concepción de un jurado y la del mundo del derecho civil. Pero sigue siendo cierto que el jurado es una institución bien establecida en los procedimientos penales de las jurisdicciones de derecho civil. Es significativo el hecho de que la nueva constitución de España, adoptada en 1978, permita el juicio por jurado en casos penales.

Los abogados de Europa continental sienten también aversión hacia los tribunales de juez único, resumida en el aforismo: *juge unique, juge inique*. Recientemente, el Consejo Constitucional francés sostuvo que era inconstitucional la decisión de establecer tribunales de juez único para los casos que involucraran delitos de menor cuantía. La disposición habitual es la de tres jueces en el nivel del juicio. Aunque no haya un jurado, el requisito de tres jueces reduce el peligro de una decisión arbitraria.

Para los lectores que se preguntan cuál es el sistema más justo, la respuesta es que las opiniones se encuentran divididas. Un profesor de Harvard escribió un libro en el que acusaba al procedimiento penal estadunidense de "negar la justicia" y aconsejaba

reformas semejantes a las francesas. Otros autores han tratado de probar que nuestro sistema es más justo para el acusado. El debate está ensombrecido por la ignorancia del derecho y la práctica en las naciones de derecho civil y por prejuicios que resultan difíciles de despejar. En última instancia, resulta instructiva la afirmación de un eminente académico del derecho comparado, que tras un estudio prolongado y meticuloso dijo que si fuera inocente preferiría ser juzgado por un tribunal de derecho civil, pero si fuese culpable preferiría ser juzgado por un tribunal de derecho común. En efecto, se afirma 128

aquí que el procedimiento penal del mundo del derecho civil tiene mayores probabilidades de distinguir correctamente entre el culpable y el inocente.

129

XVIII. REVISIÓN CONSTITUCIONAL

EL DERECHO constitucional y el derecho administrativo forman el contenido básico de lo que se llama derecho público en las jurisdicciones de derecho civil. El derecho constitucional es el derecho que gobierna la organización y operación del Estado. El derecho administrativo es el derecho que gobierna la organización y operación de la rama administrativa del gobierno y las relaciones de la administración con la legislatura, la judicatura y el público.

Ya examinamos antes, sobre todo en los capítulos III y IV la naturaleza del Estado centralizado típico que surgiera en Europa entre los siglos XV y XVIII y que floreciera en las revoluciones de Occidente. Éste era el Estado nacional moderno: secular, positivista, interna y externamente soberano, un Estado cuyo poder se ejercía a través de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial del gobierno. Entre tales ramas, la legislatura representativa era el poder supremo; la legislación controlaba la acción ejecutiva y judicial. Tanto la acción legislativa como la ejecutiva eran inmunes a la revisión o la interferencia judicial.

Gran parte del desarrollo del derecho público en el mundo del derecho civil, a partir del periodo revolucionario, puede considerarse como un movimiento en contra de los extremos de este modelo. Dicho movimiento tiene muchos aspectos fascinantes, interrelacionados, pero aquí sólo haremos referencia a dos de ta-

les aspectos: el desarrollo de procesos para la revisión de la legalidad de la acción administrativa (y por ende para frenar el poder administrativo excesivo), y la tendencia hacia las constituciones rígidas y la revisión de la constitucionalidad de la legislación.

En el capítulo XIII examinamos brevemente cómo se atendía la demanda de revisión

de la legalidad de la acción administrativa. La desconfianza generalizada de la judicatura, la imagen tradicional del juez y de la función judicial, y el principio de separación de poderes hacían que tal revisión en manos de la judicatura ordinaria apareciera como una solución inaceptable. Además, la insistencia en que los jueces ordinarios no fuesen legisladores en ningún sentido, condujo al rechazo de la idea de que las decisiones judiciales previas debieran controlar la acción judicial futura, incluso en lo tocante al mismo acto administrativo. La ausencia de tal principio haría relativamente ineficaz la revisión judicial de la legalidad de la acción administrativa. Un tribunal que no estaba ligado por sus propias decisiones previas o por las decisiones previas de otros tribunales, y que en consecuencia podía volver obligatoria una decisión sólo para las partes del caso en cuestión, resultaba inadecuado para la tarea de mantener dentro de límites aceptables la acción administrativa. Lo que se requería era un método aceptable para decidir *erga* 130

omnes —en una forma que tendría efectos generales, no limitados a las partes— sobre la legalidad del acto administrativo en cuestión.

Así pues, el otorgamiento de tales facultades a los tribunales ordinarios había requerido el abandono de varias nociones básicas, muy arraigadas, acerca de la organización y operación adecuadas del Estado y acerca de la naturaleza y las funciones de los tribunales ordinarios. Como hemos visto, la solución adoptada en Francia, y después en gran parte del mundo del derecho civil, fue la creación de un tribunal separado dentro de la administración. En otras naciones, tales como Alemania, se alcanzó el mismo resultado mediante la creación de un sistema separado de tribunales administrativos. Aunque hay muchas diferencias importantes entre los dos enfoques tipificados por la solución francesa y la solución alemana, ambos satisfacen los mismos requisitos básicos. Primero, la revisión de la legalidad de la acción adminis-

trativa se mantuvo fuera de las manos de la judicatura ordinaria y se preservó el principio de la separación de poderes. Segundo, podría darse un efecto *erga omnes* a la decisión de que un acto administrativo era ilegal, y por lo tanto nulo, sin introducir el principio de *stare decisis* en el sistema de justicia administrado por los tribunales ordinarios. Son muy diversas las formas en que las naciones individuales de la tradición del derecho civil han elaborado sus sistemas para la revisión de la legalidad administrativa, pero el modelo básico descrito aquí es el dominante.

Sin embargo, cuando abordamos el problema de la revisión de la constitucionalidad de la legislación, las cosas se vuelven más complicadas. Las dificultades percibidas en el camino de un sistema de control eficaz son generalmente similares en todo el mundo del derecho civil, pero el movimiento hacia su resolución definitiva ha avanzado mucho menos que el movimiento hacia la revisión de la legalidad de la acción administrativa.

Existe claramente un movimiento hacia la limitación de la supremacía legislativa, pero el ritmo de este movimiento y el alcance de las soluciones adoptadas varían de una nación de derecho civil a otra.

La supremacía legislativa y una constitución flexible son conceptos que van unidos.

Si la voluntad expresada por la legislatura representativa ha de tener la fuerza del derecho, y si el acto legislativo no está sujeto al control judicial o ejecutivo, un paso lógico evidente nos lleva a la conclusión de que una ley ordinaria puede prevalecer sobre una disposición constitucional opuesta. Esto no quiere decir que la constitución pierda toda su fuerza como una ley básica que establece una estructura gubernamental y provee reglas que controlan y limitan los actos gubernamentales. Todavía se adoptará de ordinario la legislación propuesta en una nación que tenga una constitución flexible dentro de los límites establecidos por la interpretación constitucional corriente, y la propuesta de trascender tales límites provocará consideraciones especiales de política legislativa.

Cuando parece haber ocurrido un posible conflicto entre una disposición constitucional y un estatuto sin una consideración legislativa consciente, los tribunales tenderán a interpretar la

disposición y el estatuto de tal manera que se evite el conflicto. En estas y otras formas, incluso una constitución flexible tiene su propio carácter especial, *constitucional.*

131

Como sería de esperarse, una constitución flexible es algo muy diferente de una constitución rígida. Pero aquí hay necesidad de distinguir entre una constitución formalmente rígida y una constitución funcionalmente rígida. Las constituciones formalmente rígidas, varias de las cuales han aparecido en el mundo del derecho civil, especifican ciertas limitaciones al poder legislativo y establecen requisitos especiales para las enmiendas constitucionales, pero no contienen ninguna disposición para el cumplimiento de estas reglas. De acuerdo con la teoría prevaleciente, los tribunales ordinarios están totalmente impedidos para interferir en el proceso legislativo. Los tribunales administrativos pueden examinar sólo la validez de los actos administrativos, no de los actos legislativos. Formalmente, la legislatura está restringida por la constitución, pero no hay ningún órgano de gobierno autorizado para decidir si la legislatura ha rebasado sus facultades. En un sistema funcionalmente rígido, tal órgano existe y funciona.

El ejemplo original, y todavía arquetípico, de un sistema constitucional

funcionalmente rígido, es el de los Estados Unidos. Los sistemas constitucionales que aparecieron por todo el mundo del derecho civil en los siglos XVIII y XIX eran a veces rígidos y a veces flexibles. Sin embargo, ninguno incluía esquemas funcionales para la revisión de la constitucionalidad de la legislación. La historia del desarrollo constitucional en la tradición del derecho civil desde la revolución ha sido un movimiento gradual hacia los sistemas constitucionales funcionalmente rígidos. Por diversas razones, sin embargo, los métodos adoptados en las naciones de derecho civil para la revisión de la validez constitucional de la acción legislativa han sido muy diferentes de los utilizados en los Estados Unidos.

El movimiento existente en la tradición del derecho civil hacia el constitucionalismo puede verse como una reacción lógica contra los extremos de una concepción secular, positivista, del

Estado. Durante el periodo del *jus commune* y antes de la Reforma, la autoridad de la Iglesia y las obras de los juristas naturales católicos acerca del gobierno y el individuo proveían un conjunto de ideas y valores que ejercieron cierta influencia moderadora sobre el príncipe y los funcionarios públicos.

Muchas de estas ideas estaban profundamente arraigadas en el propio *jus commune*.

Pero la autoridad de la Iglesia y del derecho natural católico romano declinó. Con el surgimiento del Estado-nación, el *jus commune* se convirtió en un sistema subsidiario, inferior al derecho nacional. Al mismo tiempo, el hincapié del derecho natural secular en una legislatura representativa, de elección popular, y en la separación de poderes, se combinó con el deseo revolucionario de limitar el poder de los jueces para producir una reiteración exagerada en la autonomía legislativa. Se eliminaron las antiguas restricciones gubernamentales y, en el nuevo Estado positivista, se otorgó un papel inflado a la legislatura representativa y se la alentó para que fuera el único juez de la legalidad (en oposición a la aceptabilidad política) de su propia acción. En cierto sentido, la tendencia hacia las constituciones funcionalmente rígidas, con garantías de los derechos individuales contra la acción legislativa, puede verse como un proceso de "codificación del derecho natural" para llenar el vado creado por el rechazo del derecho natural 132

católico romano y el *jus commune*, por una parte, y para desinflar la imagen hinchada de la legislatura que surgiera del periodo revolucionario, por otra parte.

El deseo de revisar la constitucionalidad de la acción legislativa no conduce necesariamente a la institución de la revisión *judicial*. Por el contrario, las nociones fundamentales acerca de la separación de poderes y acerca de la naturaleza y los límites de la función judicial en la tradición del derecho civil, convierten en una práctica inaceptable la revisión constitucional por parte de la judicatura ordinaria. Y el rechazo del principio de *stare decisis* limita aún más la atracción de la revisión judicial (ordinaria).

Las cuestiones constitucionales tienen una importancia tan grande que parece necesaria su decisión autorizada, con efectos *erga omnes*, en lugar de aceptar los azares de las decisiones en-

contradas de tribunales diferentes, o incluso del mismo tribunal en casos similares. Pero las naciones de derecho civil no pueden aceptar la propuesta de que se otorgue a las decisiones de tribunales ordinarios la autoridad de la ley. En consecuencia, el sistema familiar para los ciudadanos de los Estados Unidos, donde todos los tribunales en cada nivel de jurisdicción tienen facultad para decidir controversias constitucionales con efectos *erga omnes*, ha sido generalmente rechazado en el mundo del derecho civil.

Incluso, donde se ha otorgado cierto poder de revisión judicial a los tribunales ordinarios, como ocurre en algunas naciones latinoamericanas, se ha tendido a concentrar ese poder en un tribunal supremo, en lugar de dispersarlo por todo el sistema judicial. Esto no elimina la posibilidad de las decisiones opuestas sobre la constitucionalidad de la legislación, pero la reduce. La Suprema Corte de Venezuela, por ejemplo, es el único tribunal con facultad para revisar la constitucionalidad de la legislación venezolana y declarar nulo un estatuto. Cualquier otro juez que encuentre un conflicto entre una norma legislativa y una constitucional, probablemente aplicará la constitucional pero su decisión no anulará el estatuto.

Un fuerte movimiento para establecer la revisión constitucional se ha extendido a través del mundo del derecho civil desde el fin de la segunda Guerra Mundial. No obstante, los medios utilizados para lograrlo han variado. No es sorprendente descubrir que Francia, la fuente tradicional de la posición fundamentalista de la separación de poderes y el papel de los tribunales, tiene un sistema de revisión no judicial. El órgano gubernamental que realiza esta función, creado bajo la Constitución de 1958, es el Consejo Constitucional (no "Tribunal"). Este organismo está integrado por todos los ex presidentes de Francia y otras nueve personas, tres de ellas escogidas por el presidente de Francia, tres por el presidente de la Cámara de Diputados y tres por el presidente del Senado. Antes de promulgarse, ciertas clases de leyes deben, y otras pueden, enviarse por el ejecutivo o la legislatura a este Consejo para una decisión sobre su constitucionalidad. El Consejo debe responder dentro de cierto tiempo, tras de algunas deliberaciones secretas, sin procedimiento contencioso, sin partes, sin audiencias orales y sin otras características del procedi-

miento judicial. Si el Consejo decide que la ley en cuestión es inconstitucional, la ley no puede ser promulgada, a menos que se enmiende apropiadamente la Constitución.

La composición y el procedimiento originales del Consejo Constitucional dejaban en 133

claro su naturaleza no judicial. Su función parecía más bien un paso adicional en el proceso legislativo que un proceso judicial, y era común la caracterización de esta clase de revisión constitucional como "política" y no como "judicial". Más recientemente, el trabajo del Consejo Constitucional ha empezado a asumir características judiciales y a ser percibido con mayor frecuencia, por los abogados y el público, como una institución judicial. Mientras tanto, el Consejo de Estado francés (frecuentemente) e incluso la Suprema Corte de Casación (de manera muy infrecuente y estrecha) se han involucrado

en el litigio constitucional. Pero subsiste la teoría de que no hay revisión judicial de la legislación en Francia.

Sin embargo, la tendencia más fuerte en el mundo del derecho civil de la actualidad se inclina hacia el establecimiento de alguna forma de revisión judicial. Podemos empezar a entender esta tendencia examinando otra distinción importante en la doctrina constitucional: la que se establece entre la validez formal y la validez sustancial de la legislación. La cuestión de la validez formal trata de determinar si el legislador ha observado las reglas establecidas en los estatutos y la constitución para gobernar la forma y el procedimiento del proceso legislativo: reglas como las que gobiernan la deliberación legislativa, la votación y la promulgación. Las cuestiones de la validez sustantiva se refieren a la congruencia de la sustancia del estatuto con las disposiciones constitucionales que protegen los derechos del público, de los funcionarios y las dependencias gubernamentales. (Podría observarse que esta distinción entre la validez formal y la validez sustantiva, conceptualmente clara, resulta difícil de mantener en la práctica. Pero ése es un tema para otro libro.)

Podría argüirse que un estatuto formalmente defectuoso no es realmente un estatuto,

de modo que no es una parte de "el derecho" que los jueces tienen la obligación de aplicar en los casos que se les presenten.

Si la legislatura no ha seguido las reglas procesales establecidas para el trabajo legislativo, de acuerdo con este razonamiento, el producto no es una legislación, de modo que no tiene que ser aplicado por el tribunal. De acuerdo con esta clase de razonamiento, la legislatura deberá observar las reglas formales vigentes para promulgar estatutos válidos, incluso en una jurisdicción que tenga una constitución flexible. Si desea cambiar las reglas que gobiernan el proceso formal de la elaboración de leyes, deberá hacerlo directamente, por un estatuto promulgado para ese propósito, más bien que por implicación. Al mismo tiempo, puede adoptarse la postura más fundamentalista de que incluso el examen de la validez formal supera al poder judicial y viola el principio de separación de poderes. En la Francia revolucionaria, esta posición tenía gran apoyo, pero se ha fortalecido la tendencia a otorgar a los tribunales ordinarios el poder de revisar la validez formal de la legislación. La doctrina generalmente aceptada ha llegado a esta posición, aunque todavía reconoce el poder de la legislatura para enmendar las disposiciones *sustantivas* de una constitución flexible, simplemente mediante la promulgación de una legislación incompatible con ella.

Pero en el caso de una constitución rígida, la legislación en conflicto es, por definición, incapaz de enmendar las disposiciones constitucionales. Se requiere un proceso de enmienda directa, generalmente más embrollado y difícil que el proceso 134

legislativo ordinario. Cuando existe tal constitución, podría justificarse el otorgamiento, a un tribunal ordinario, de la facultad para revisar la validez sustantiva de la legislación.

Una ley que entre en conflicto con una disposición constitucional sustantiva, de acuerdo con este razonamiento, no es realmente una ley válida porque excede el poder de la legislatura, de modo que el tribunal no deberá aplicarla. Ésta es la base teórica de la revisión judicial de la constitucionalidad en los Estados Unidos, establecida en el famoso caso de Marbury *vs.* Madison; y también se ha adoptado en algunas jurisdicciones de derecho civil de América Latina.

En general puede afirmarse que la experiencia de la revisión por los tribunales ordinarios no ha sido alentadora, ni siquiera cuando se concentra en un tribunal supremo.

El juez de derecho civil ha tendido a eludir las responsabilidades y oportunidades de la adjudicación constitucional. La tradición es demasiado fuerte, la concepción ortodoxa de la función judicial está demasiado arraigada, los efectos de la educación legal tradicional son demasiado limitantes. La revisión judicial concentrada en la Suprema Corte ha existido en Chile durante la mayor parte del siglo XX, pero hacia 1970 se habían encontrado pocos estatutos inconstitucionales, de ordinario en casos de importancia secundaria. En Japón, los jueces han tenido la facultad de la revisión constitucional desde el fin de la segunda Guerra Mundial, pero en las tres primeras décadas la Suprema Corte de Japón sólo ha encontrado inconstitucional un estatuto promulgado por el parlamento japonés, y se estableció expresamente que tal estatuto no era inválido. Los ejemplos podrían multiplicarse.

Este tipo de experiencias, además de la tradicional desconfianza de los jueces ordinarios en el derecho civil, la fuerza de la doctrina de la separación de poderes y el deseo de asignar efectos *erga omnes* a las decisiones de inconstitucionalidad, explica la decisión tomada en Austria, Alemania, Italia y España, entre otras naciones de derecho civil, de establecer tribunales constitucionales separados. Es clara la analogía existente con la decisión decimonónica de establecer tribunales separados para la revisión judicial de la legalidad de los actos administrativos.

Los tribunales constitucionales de Alemania, Italia y España se establecieron después de la segunda Guerra Mundial y representan la tendencia moderna hacia la revisión constitucional en el mundo del derecho civil. Aunque hay diferencias destacadas entre ellos, comparten varias características importantes: todos son tribunales separados, distintos de todos los demás en sus respectivas jurisdicciones; todos tienen la facultad exclusiva de decidir sobre la constitucionalidad de la legislación. En Alemania, Italia y España, la decisión del tribunal constitucional de que un estatuto es inconstitucional no sólo obliga a las partes del caso sino a todos los participantes en el proceso legal. En los tres ejemplos, el carácter del procedimiento y las reglas que gobiernan la selección y la inamovilidad de los jueces dan al tribunal constitucional un carácter claramente judicial, lo que contrasta con la naturaleza política del Consejo Constitucional francés.

En general, el procedimiento es éste: en una acción ejercitada ante un tribunal civil, penal, administrativo o de otra clase, una de las partes puede plantear una objeción constitucional contra un estatuto que afecte el caso. En este punto se suspende la acción 135

y la cuestión constitucional se envía al tribunal constitucional para su decisión. Cuando esa decisión se publica, el procedimiento original se reinicia y se conduce de acuerdo con ella. Si el tribunal constitucional decide que el estatuto es constitucional, podrá aplicarse en el procedimiento; si decide que es inconstitucional, el estatuto quedará invalidado y no podrá aplicarse en ese procedimiento específico ni en ningún otro. Este procedimiento ejemplifica el llamado ataque incidental contra la constitucionalidad.

El procedimiento incidental, que permite un ataque constitucional sólo dentro del contexto de un caso o una controversia específicos, es el único existente en el sistema de revisión constitucional de los Estados Unidos. En Alemania, Italia y España (y en otros países de derecho civil, incluidos Austria, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Perú y Venezuela), en cambio, también es posible un ataque "directo". Ciertos organismos gubernamentales oficiales, e incluso los individuos, pueden ejercitar una acción ante el tribunal constitucional para someter a prueba la validez de un estatuto, aunque no haya ninguna disputa concreta que involucre su aplicación. En esta forma, se trascienden las limitaciones inherentes a la restricción de la revisión incidental en los Estados Unidos y podrá celebrarse una audiencia sobre la cuestión abstracta de la constitucionalidad. Aunque ha quedado limitado por el estatuto y la decisión, el procedimiento de revisión directa expande el alcance potencial de la revisión constitucional más allá de los límites disponibles en los Estados Unidos.

Es claro que creando primero tribunales administrativos separados y estableciendo después tribunales constitucionales especiales, varias naciones de derecho civil han avanzado mucho hacia el ideal de lo que llaman los juristas de derecho civil el *Rechtsstaat*: un sistema de gobierno donde los actos de dependencias y funcionarios de todas clases se someten al principio de la legalidad, y donde las personas interesadas disponen de procedimientos para cuestionar la legalidad de la acción gubernamental

y para contar con un recurso apropiado cuando el acto en cuestión no pase la prueba.

Puede argüirse que el sistema de revisión de la legalidad de la acción administrativa en el mundo del derecho civil es más eficiente y eficaz que el de los Estados Unidos.

El desarrollo de un sistema eficaz de revisión constitucional de la legislación en los países de derecho civil apareció mucho tiempo después que el sistema estadunidense, y todavía es demasiado temprano para saber cómo funcionará a través del tiempo. Pero ya parecen estar allí todas las partes necesarias y existe la posibilidad de que el alcance de la protección legal contra la legislación inconstitucional, dentro del mundo del derecho civil, supere eventualmente la que se encuentra a disposición de los ciudadanos de los Estados Unidos.

En el capítulo VI describimos el estatus relativamente bajo del juez de derecho civil en el mundo del derecho civil, en comparación con el prestigio de los poderes legislativo y ejecutivo. Uno de los efectos prácticos de adoptar en forma generalizada la revisión constitucional desde la segunda Guerra Mundial ha sido el aumento del poder y la estatura de los jueces. Su nueva y creciente preeminencia es un importante indicador de una transformación radical en la tradición del derecho civil.

136

137

XIX. LAS PERSPECTIVAS

ANTES de especular acerca del futuro del derecho civil en el capítulo siguiente, convendrá colocar en perspectiva lo estudiado en los capítulos anteriores. Necesitamos corregir algunas de las distorsiones que pudieron haber sido causadas por la selectividad, el hincapié y la simplificación que han caracterizado inevitablemente el análisis anterior. El lector podrá adquirir una perspectiva con lecturas adicionales y, para tal propósito, aparece al final de este libro una breve bibliografía. Los libros y artículos citados se refieren a otras publicaciones que podrá consultar el lector insatisfecho. Ése es el mejor camino para superar nuestro entendimiento de la tradición del derecho civil, pues este capítulo es un sustituto menos satisfactorio.

Surge una posible fuente de malentendidos por la dificultad de mantener presente nuestro objetivo preciso. No hemos tratado de describir ningún sistema de derecho civil existente. Más bien, hemos intentado describir ciertos hechos históricos importantes, así como ciertas corrientes de pensamiento que han influido profundamente sobre el crecimiento de los sistemas de derecho civil contemporáneos y que dan forma y sentido a las reglas, las instituciones y los procesos legales que integran tales sistemas. Las reglas legales precisas que se encuentran vigentes difieren ampliamente de un sistema de derecho civil a otro. Las soluciones específicas para los problemas sociales típicamente recurrentes que materializan tales reglas son a veces similares, pero a menudo son muy diferentes y aun opuestas. En Alemania, una transferencia de tierras es ineficaz mientras no se registre en el catastro, pero tal registro ni siquiera existe en Bélgica. La práctica del derecho es una profesión dividida en Francia, pero no en Chile. El juramento decisorio aún existe en Italia, pero ha sido abolido en Austria. La organización, composición y jurisdicción de los tribunales de España difiere en muchos sentidos de la existente en Holanda. El *amparo* mexicano no es lo mismo que el *mandado de segurança* brasileño y ambos son diferentes del sistema italiano de revisión constitucional.

Los ejemplos podrían multiplicarse con facilidad. En efecto, en el nivel de la aplicación concreta de una regla específica a un caso específico por un tribunal específico en un procedimiento específico, sería difícil encontrar dos sistemas de derecho civil que operaran en la misma forma para producir las mismas conclusiones. El resultado de las fuerzas representadas por las reglas sustantivas, los procedimientos y las instituciones que intervienen en la decisión de un caso en una nación, es casi invariablemente diferente del resultado de fuerzas análogas en otra nación. Aquí no se hace hincapié en las diferencias sino en lo que tienen en común estos sistemas legales, en los elementos que los 138

relacionan en una forma que permita contrastarlos con otras familias legales, los productos de otras tradiciones legales.

Sin embargo, hay un problema análogo cuando se habla de la propia tradición del derecho civil. La repercusión de los diversos componentes de esa tradición ha variado de una nación a otra. Consideremos la ciencia legal alemana: nunca ha arraigado en

Francia, pero los italianos se han vuelto en este sentido más alemanes que los alemanes.

Consideremos la ideología de la Revolución francesa y el efecto que tuvo sobre la forma, el estilo y el contenido del Código Napoleónico; el Código Civil alemán representa un rechazo consciente de varias de las premisas de la codificación francesa (pero no de todas ellas). Los códigos civiles promulgados desde el siglo XIX muestran la influencia de ambos. Consideremos el derecho civil romano: surgió en Italia, fue formalmente recibido en Alemania y gradualmente absorbido en Francia, con consecuencias diferentes para cada sistema. El grado de influencia del derecho nativo es otra variable. En Italia, el *jus commune* era el derecho nativo, pero en algunas naciones europeas, particularmente en Francia y Alemania, ciertas costumbres e instituciones legales separadas fueron conscientemente preservadas, glorificadas e integradas al nuevo orden legal unificado del Estado. En otros países, tales como España, se han preservado ciertas características legales nativas regionales como el derecho localmente aplicable (los *fueros* de Cataluña, Aragón y otros reinos antiguamente independientes).

La edad de un código es otra variable importante. Por ejemplo, los códigos civiles vigentes en las jurisdicciones de derecho civil varían en edades desde el Código Napoleónico de 1804, todavía vigente en Francia, hasta los flamantes códigos civiles de la posguerra en algunas naciones. Los problemas que se presentan en la interpretación y la aplicación de códigos muy viejos son, por supuesto, diametralmente diferentes de los que se encuentran en los códigos muy nuevos. Los códigos viejos son producto de una época distinta y no se ocupan de un gran conjunto de problemas contemporáneos que constituyen la preocupación expresa del código nuevo. Dos consecuencias principales fluyen por la ausencia de modernización de los códigos antiguos: una es la tendencia a impedir el cambio económico y social; la otra, mucho más importante, es la imposición de una carga mayor sobre la interpretación judicial como un elemento progresista del proceso legal. Entre mayor sea la brecha entre las necesidades de la sociedad y lo que dice el código, mayor es la tendencia de los tribunales a desarrollar nuevas interpretaciones de las disposiciones del código antiguo para satisfacer tales necesidades.

Las decisiones judiciales se vuelven en la práctica, si no es que en teoría, una fuente del derecho.

La operación efectiva del orden legal dentro de las naciones de derecho civil se ve afectada así por la edad de los códigos vigentes y por la respuesta judicial ante la adecuación de los códigos antiguos. En Francia, gran parte del poder del código antiguo para impedir el progreso social y económico ha sido reducido por una judicatura creativa.

Pero en algunas naciones de derecho civil, sobre todo fuera de Europa, los códigos antiguos del tipo francés son aplicados por una judicatura que todavía se mira, y es vista por otros, en la imagen surgida de la Revolución francesa. El resultado es una ausencia 139

de respuesta judicial a las necesidades de una sociedad y una economía cambiantes.

Aunque han adoptado el estilo de la codificación francesa y la imagen del juez y el legislador surgida de la Revolución francesa, tales naciones no han podido desarrollar a menudo la pragmática solución francesa de una judicatura efectivamente creativa tras bambalinas.

En consecuencia, debemos subrayar que la combinación precisa de influencias locales

y de componentes de la tradición del derecho civil, la cronología precisa de hechos importantes, tales como la promulgación de los códigos vigentes y la extensión precisa de la influencia franco-italiana y alemana sobre el proceso legal, varían ampliamente en todo el mundo del derecho civil. Esto añade otra serie de variables a las diferentes reglas sustantivas del derecho, las instituciones legales y los procesos legales. Las naciones de derecho civil comparten la tradición del derecho civil, pero la comparten en grados diferentes.

Otra fuente posible de distorsión en esta reseña de la tradición del derecho civil es la naturaleza inevitablemente selectiva del análisis. Hemos examinado sólo algunas características fácilmente identificables de esta tradición y, aunque es probable que sean las más importantes, no debemos olvidar que no son las únicas. Por ejemplo, no hemos

examinado con ningún detalle el vigor de la tradición real en Europa, ni la supervivencia, después de la Revolución francesa, de varias instituciones y actitudes cuyos orígenes se remontan primordialmente a las monarquías absolutas. No hemos analizado la

proposición —corroborada por un buen número de pruebas históricas— de que las naciones sometidas alguna vez al absolutismo han tendido a regresar a ese tipo de gobierno en una forma u otra. No hemos considerado el hecho de que las ramas ejecutivas de todos los gobiernos europeos fueron originalmente creaciones de las monarquías, y hemos eludido el estudio de la importancia de estos orígenes para el entendimiento de las formas peculiares en que han evolucionado los controles legales de las acciones administrativas en la tradición del derecho civil. No hemos comentado la creciente profesionalización de la administración gubernamental, ni su tendencia a convertirse en una carrera especial, a menudo dominada por los abogados (sobre todo en Alemania). Podrían citarse muchos otros ejemplos, ya que en este libro sólo hemos tocado la superficie.

La tradición legal forma parte de la cultura, una parte muy antigua, profundamente arraigada, firmemente sostenida. Las relaciones que existen entre las ideas legales básicas y las actitudes sociales, económicas y políticas, igualmente profundas, son muy estrechas y complejas. El derecho obtiene sentido del resto de la cultura, a la que a su vez le da sentido, y es inseparable de ella. Hemos tratado de entender algunas de estas interrelaciones, pero sería un error suponer que hemos agotado el tema.

De tiempo en tiempo se han criticado en forma expresa o por implicación ciertos aspectos de la tradición del derecho civil. En particular, se ha sugerido que hay algo excesivo en el hincapié que se hace en una clara separación de los poderes; que el esfuerzo por elaborar el derecho a prueba de los jueces es inútil y, a la larga, socialmente inconveniente; que la búsqueda de la certeza se ha convertido en una forma romántica de 140

la caza de quimeras y un argumento sin sentido, demasiado general, válido para apoyar cualquier postura; que el papel de la legislatura ha aumentado fuera de toda proporción, mucho más allá de la capacidad de esa institución para satisfacer las demandas que se le formulan; que las premisas y los métodos de la

ciencia jurídica alemana han aislado el derecho de los problemas de la sociedad a la que se supone deben servir, mientras perpetúan un conjunto de supuestos socioeconómicos que ya no son válidos, si es que alguna vez lo fueron; que el derecho civil está dominado por una tradición académica mal dirigida, la cual desvía la gran influencia potencial y la energía, la creatividad y la inteligencia cultivada de los profesores e investigadores de derecho civil, que son enormes, hacia empresas esencialmente áridas.

Éstas no son sólo las reacciones de un jurista estadunidense ante los aspectos prominentemente exóticos de una tradición legal extranjera inadecuadamente entendida.

Tales críticas no son exclusivas de los juristas del derecho común; todas han sido formuladas por los propios juristas del derecho civil que examinan con espíritu crítico su propio derecho y piden su reforma. Esto nos lleva a una tercera fuente posible de malentendidos: el supuesto de que la tradición del derecho civil es ahora monolítica y estática. No es así.

Lo que hemos descrito como la tradición del derecho civil es, ante todo, un conjunto

de influencias y actitudes dominantes, las que destacan entre diversas fuerzas históricas e intelectuales en competencia, las que han surgido con mayor prominencia de tal competencia por la aceptación. El modelo del Estado positivista que surgiera del pensamiento de los siglos XVII y XVIII, y de la Revolución, representó para sus defensores una victoria sobre las concepciones fuertemente arraigadas de quienes promovían el derecho natural y los partidarios de otras formas de organización social y política. El *jus commune* del derecho civil romano competía con las tradiciones legales nativas para dominar la legislación nacional unificada de Francia y Alemania. La ciencia jurídica alemana era sólo un conjunto de actitudes acerca de los objetivos y métodos de la investigación jurídica, así como de la naturaleza y las funciones del orden legal. En cada momento de la historia de la tradición del derecho civil han operado diversas fuerzas.

Esto es particularmente cierto ahora. Cada aspecto del derecho se encuentra bajo el examen crítico de los investigadores jurídicos, quienes no cuestionan sólo las reglas, las instituciones y los procesos específicos, sino también los componentes básicos de la

tradición legal que dan forma y sentido al orden legal positivo. La ortodoxia de la época se encuentra constantemente bajo ataque. Sólo hemos visto los componentes más prominentes y durables de una tradición legal pluralista.

La tradición del derecho civil dista mucho de ser monolítica y, más bien, se encuentra en transición constante. Las características dominantes descritas en este libro representan sólo una etapa de un proceso iniciado hace casi veinticinco siglos y que, muy probablemente, continuará durante largo tiempo en el futuro. Tan sólo el derecho civil romano ha atravesado por muchas fases: derecho preclásico y clásico, el *Corpus Juris Civilis*, las contribuciones de los Glosadores y los Comentaristas, los escritos de los Humanistas, la codificación francesa, las teorías de Savigny y la escuela histórica, la 141

ciencia jurídica alemana y el *BGB*. Y ésta es sólo una trama del tejido de la tradición del derecho civil. El derecho canónico se inició como un derecho de la Iglesia y, para ella, creció en jurisdicción espiritual a medida que se difundía el poder de la Iglesia y, finalmente, se extendió cuando los tribunales eclesiásticos adquirieron una jurisdicción temporal; hizo una contribución importante al *jus commune* y, después de la Reforma, desapareció como una gran influencia continua sobre el desarrollo de la tradición del derecho civil. El derecho mercantil se inició como un grupo de prácticas consuetudinarias creadas por comerciantes pragmáticos para satisfacer sus propias necesidades. Por último, se nacionalizaron el derecho mercantil y los tribunales mercantiles, para convertirse en una parte del aparato oficial del Estado, junto con códigos mercantiles separados. Ahora están desapareciendo los tribunales mercantiles separados y hay una tendencia similar en lo tocante a los códigos mercantiles separados.

Como veremos más extensamente en el capítulo XX, ha habido un movimiento de aceleración gradual en contra de los extremos del modelo revolucionario del proceso legal. La extensión de la facultad de interpretación de los estatutos por los tribunales ordinarios fue un primer paso importante, apoyado por la práctica creciente de la publicación y la cita de las opiniones judiciales. Otro paso importante fue la creación de tribunales para la revisión de la legalidad de la acción administrativa. Incluso donde tales tribunales surgieron como una parte de la administración, co-

mo ocurrió en Francia, ahora parecen tribunales y actúan como tales. A pesar del rechazo a la doctrina de *stare decisis*, la práctica de los tribunales consiste en decidir los casos semejantes de manera similar, como lo hacen los tribunales de derecho común. Más recientemente, la adopción de constituciones rígidas, que llena la brecha dejada por el rechazo al derecho natural como un freno para la legislatura, se ha visto acompañada de diversos instrumentos que tratan de mantener la legislación dentro de los límites constitucionales. Ha habido una traslación sustancial del poder, desde la legislatura a los tribunales (y también desde la legislatura al ejecutivo, pero ése es otro tema), lo que mina el ideal de la supremacía legislativa. Las facultades de los tribunales para revisar la legalidad de la acción administrativa y la constitucionalidad de la acción legislativa, y para interpretar los estatutos, minan el dogma de la separación estricta de los poderes. Un proceso legal destinado a elaborar leyes a prueba de los jueces se ha vuelto constantemente más judicial y ahora se acelera ese fenómeno por todo el mundo del derecho civil.

La ciencia jurídica alemana ha sido objeto de sátiras, burlas y ataques directos por parte de los pensadores legales de Alemania, y otros países, desde el momento en que surgió. De manera más reciente, y sobre todo desde la segunda Guerra Mundial, sus críticos han empezado a ser más eficaces. Hay un grupo creciente de investigadores que pugnan por un nuevo enfoque a la investigación jurídica. Algunos de ellos piden el rechazo de todo lo logrado por la ciencia jurídica. Otros tratan a la ciencia jurídica como una fase válida pero gastada en la evolución de la tradición del derecho civil; desean preservar sus ganancias, en particular la provisión de orden y sistema al derecho, y construir sobre ellas. Todos convienen en que la pureza de la ciencia jurídica —su rechazo a todo lo que se considere no legal— ha separado al derecho de la vida de la 142

sociedad, cuyos problemas debieran constituir su preocupación básica. Este agnosticismo social, económico y político ha separado al derecho del resto de la cultura y ha hecho que los abogados sean cada vez menos relevantes para las necesidades sociales. Al mismo tiempo, los supuestos sociales y económicos materializados en las concepciones abstractas de la ciencia jurídica están en conflicto con el contenido de las constituciones modernas

y de los programas de los gobiernos modernos, en opinión de algunos críticos.

Se arguye que la exaltación de la relación legal privada, el derecho subjetivo y el acto jurídico privado (descrita en el capítulo XI) perpetúa una forma individualista, decimonónica, del darwinismo económico y social, lo que impide la redistribución gubernamental del poder, la posición y la riqueza, y convierte al derecho y a los abogados, a menudo inconscientemente, en fuerzas reaccionarias. Tales críticas tienen una fuerza y una relevancia especiales en los países en desarrollo del mundo del derecho civil, sobre todo en América Latina. Allí puede argüirse más persuasivamente que el proceso legal se está quedando atrás del resto de la cultura, a veces es inadecuado como un vehículo del cambio económico y social que debe asumir una forma legal, a veces intrínsecamente opuesto a tal cambio y, cada vez con mayor frecuencia, irrelevante.

Estas manifestaciones de la insatisfacción con la ciencia jurídica han sido reforzadas por un desplazamiento del centro de gravedad del orden legal. El bastión de la ciencia jurídica ha sido tradicionalmente el derecho privado y, en particular, el derecho civil romano. Hasta hace poco tiempo, el código civil ha desempeñado una especie de función constitucional en los sistemas de derecho civil, proveyendo un conjunto de derechos privados cuya protección y cumplimiento constituyen la responsabilidad primordial del gobierno. Los principios generales y las teorías generales del derecho, derivados primordialmente de los materiales del derecho privado, dominaron los procesos legislativos y judiciales. En consecuencia, el código civil y la obra doctrinal de los juristas del derecho civil aportaron el combustible ideológico del proceso legal. Pero con la adopción de las constituciones rígidas modernas, que incorporan nuevas concepciones sociales y económicas, y con el establecimiento de la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación en importantes naciones de derecho civil, el centro de gravedad legal ha empezado a experimentar lo que promete ser un desplazamiento drástico del código civil a la constitución, del derecho privado al derecho público, del tribunal ordinario al tribunal constitucional, del positivismo legislativo al principio constitucional. Las disposiciones de tales constituciones representan una fuente alterna de principios ge-

nerales; ofrecen un conjunto alterno de nociones para guiar a los jueces en la interpretación y aplicación de los estatutos, incluyendo las disposiciones de los códigos civiles. La facultad de los tribunales constitucionales, o de otra clase, para declarar inválidos *erga omnes* los estatutos, dota de gran autoridad a las disposiciones constitucionales. En los sistemas legales, donde una moderna constitución rígida, aunada a la revisión judicial, se enfrenta a una fuerte tradición de la ciencia jurídica, como ocurre ahora en Alemania, Italia y España, está en proceso un reajuste fundamental del proceso legal.

Teniendo en mente estas perspectivas sobre la diversidad, complejidad y dinamismo 143

de la tradición del derecho civil, hagamos por último una breve consideración de la perspectiva más fascinante de todas: la comparada. Si el lector se parece a la mayoría de los legos en derecho comparado, habrá buscado impacientemente en las páginas de este libro las respuestas a dos grandes interrogantes: ¿Cuál es la diferencia entre el derecho común y el derecho civil? ¿Cuál es mejor? Cada una de estas preguntas constituye un tema apropiado para otro libro. Ninguna de ellas puede contestarse aquí, pero convendrá formular algunos comentarios al respecto.

Primero, ¿cuál es la diferencia? En este libro se han hecho muchas comparaciones entre algunos aspectos del derecho civil y del derecho común o se han implicado, a menudo, bajo el supuesto de que el lector tiene una familiaridad general con su propia tradición legal. El lector habrá adquirido así algunas nociones sobre las diferencias fundamentales existentes entre las dos tradiciones legales. Pero a menos que tenga un conocimiento desusadamente exhaustivo y avanzado del derecho común, estará mal preparado para una consideración comparada exhaustiva, incluso de las cuestiones seleccionadas para su estudio en este libro. Y apenas habrá necesidad de añadir que toda comparación adecuada requeriría la consideración de una multitud de temas que no hemos analizado en absoluto. Este libro no contesta la pregunta: "¿Cuál es la diferencia?"

Sólo indica algunas de las diferencias y describe algo de sus orígenes y su importancia.

¿Cuál es mejor? En cierto nivel, ésta es una pregunta tonta. Es como preguntar si el

idioma francés es superior al idioma inglés. ¿Mejor para quién? Seguramente nadie sugeriría que los italianos estarían mejor con la tradición de derecho común o los estadunidenses con el derecho civil. El derecho se encuentra arraigado en la cultura y, dentro de los límites culturales, responde a las demandas específicas de una sociedad dada en un momento y un lugar dados. En el fondo, es un proceso históricamente determinado por el que se perciben, formulan y resuelven ciertos problemas sociales. La sustitución de una tradición legal por otra no es posible ni deseable.

En otro nivel, la pregunta se vuelve más respetable: ¿En qué medida responde la tradición legal a las demandas que le formula legítimamente una sociedad dada? ¿En qué medida impide la tradición realizar valiosos objetivos políticos, económicos y sociales?

¿Están las naciones de derecho civil más adecuadamente servidas por sus sistemas legales que las naciones de derecho común? Un momento de reflexión sobre tales preguntas produce otras. ¿Por cuáles criterios podremos hacer esta clase de juicio?

¿Cómo evaluamos los grados de satisfacción de complejas demandas sociales,

económicas y políticas? ¿Cómo podremos determinar siquiera claramente cuáles son tales demandas? Quizá haya algunos procedimientos satisfactorios para dar respuesta a tales interrogantes, pero es obvio que exceden ampliamente los límites de este libro.

Sin embargo, podemos reconocer la sutileza y complejidad de las diferencias existentes entre las dos tradiciones legales y llegar a entender que una evaluación deficiente de tales diferencias puede afectar todas las formas y fases de los procedimientos internacionales. Los juicios fáciles, los supuestos imprudentes que suelen hacer los representantes de ambas tradiciones acerca de los sistemas legales extranjeros, constituyen una fuente constante de malentendidos e irritaciones; obstruyen las 144

negociaciones internacionales; perjudican los programas de ayuda extranjera; limitan la eficacia del intercambio cultural;

desvían el esfuerzo y asignan mal los recursos. Una persona a quien no se le ocurriría viajar a un país extranjero sin algún conocimiento de su historia, su política, su idioma y su literatura, llegará casi invariablemente en ignorancia total de uno de los elementos más antiguos e importantes de su cultura: su tradición legal.

Es improbable, aunque podría ser conveniente, que se incluyan regularmente

abogados expertos en derecho comparado en los equipos encargados de la formulación de políticas y programas extranjeros en diversos niveles gubernamentales y privados del mundo del derecho común. Es sólo ligeramente menos improbable que se les llame regularmente a participar en la elaboración y ejecución de tales políticas y programas.

Una razón es que su número no es muy grande, aunque ese problema podría resolverse

si existiera la demanda. Pero la razón principal es que no existe la demanda. Los juristas de derecho comparado no han podido sensibilizar a los demás abogados y público general, acerca de que algo importante está faltando en el conjunto de expertos que suelen ocuparse de las relaciones con otras naciones en el mundo del derecho civil.

Lo que está faltando es la conciencia de que hay algo en el mundo del derecho civil

que es importante y diferente. Es más que un conjunto de reglas legales distintas. No está contenido en los estereotipos de los códigos del derecho civil y de las decisiones judiciales del derecho común. Es algo más sutil y generalizado. Tiene dimensiones históricas, políticas, sociales, es decir, culturales. Quien desee entender a Europa y América Latina (o las naciones de derecho civil del Medio Oriente, Asia y África) deberá familiarizarse con la tradición del derecho civil.

145

XX. EL FUTURO DE LA TRADICIÓN DEL DERECHO CIVIL

HEMOS visto la imagen de un sistema legal surgido de la revolución y la ciencia jurídica: una imagen que incluye cosas tales como un universo legal habitado sólo por el individuo y el Esta-

do; la supremacía legislativa; una separación rigurosa del poder judicial frente al poder legislativo y el poder administrativo; un papel judicial estrechamente definido y poco creativo; la negación del *stare decisis;* la primacía del código civil y de la investigación del derecho civil; una estructura conceptual muy desarrollada y coherente, y una preocupación constante por la certeza. Hemos visto también algunos de los aspectos del modelo decimonónico que han sido criticados y erosionados en las naciones modernas de derecho civil. En este capítulo continuaremos examinando el proceso de erosión y describiremos lo que parece ser una transformación fundamental que está ocurriendo ahora en la tradición del derecho civil. Esa transformación se simboliza en parte por la declinación de los códigos civiles, en parte por el ascenso de las constituciones y en parte por el surgimiento del federalismo europeo. Estas tendencias asociadas hacia la "decodificación", la "constitucionalización" y la "federalización" de la tradición del derecho civil parecen irreversibles; también parecen tener un gran impulso, lo que indica que seguirán afectando el desarrollo de esta tradición en el futuro previsible.

Principiaremos por la decodificación.

En el mundo del derecho civil, la "legislación especial" se refiere a las leyes surgidas alrededor de los códigos que regulan algunas de las materias tratadas por los artículos de los propios códigos. Puede verificarse, con un examen somero de cualquier jurisdicción de derecho civil importante, que hay grandes cuerpos de legislación especial complementaria de los códigos civiles. Una parte de esta legislación sólo elucida las cuestiones gobernadas por las disposiciones de los códigos, completando y aclarando el diseño del código original. Pero en su mayor parte hace algo muy diferente: establece regímenes legales especiales, "microsistemas de derecho" que difieren ideológicamente del código y en este sentido son incompatibles con él. El derecho laboral provee un ejemplo familiar y significativo. En los códigos civiles clásicos, la "relación laboral" se trata sólo como una variedad de contrato entre individuos que ejercen la libertad de contratación; los contratos laborales no difieren mucho de otros contratos, excepto que aquí se intercambia el dinero por la mano de obra, en lugar de intercambiarlo por mercancías o inmuebles. Pero en las naciones de derecho civil modernas, al igual que en 146

los Estados Unidos, los actores centrales son grandes sindicatos y grandes empresas, no individuos privados. La legislación laboral tiene diversos objetivos muy poco familiares en el régimen de los códigos civiles: el bienestar y la seguridad de los trabajadores; la paz industrial y la productividad; la regulación de los asuntos internos y la responsabilidad pública de los sindicatos y las asociaciones de empleadores, etc. Mientras que los códigos civiles tradicionales dejaban a los individuos privados la protección de sus propios intereses, y el Estado actuaba en gran medida en el papel restringido de un árbitro, aplicando las reglas del juego, las nuevas disposiciones incorporan decisiones de política económica y tratan de promover objetivos sociales específicos. Así pues, el microsistema del derecho laboral es diferente de las disposiciones del código para los contratos laborales por lo que toca al enfoque y a la técnica.

El ejemplo del derecho laboral ilustra otro aspecto de las leyes especiales. No son el producto convenido de la reflexión tranquila de los legisladores que expresan un consenso sustancial; más bien, son transacciones forjadas entre intereses especiales (aquí los intereses de los trabajadores y de los empresarios) en la arena legislativa. Por supuesto, los legisladores afectan el resultado, pero el poder político y económico de los intereses partidistas y la calidad de los conocimientos y la determinación aplicados por tales intereses les dan una voz dominante. (De acuerdo con un académico italiano, la disposición clásica del código civil en el sentido de que "el contrato es el derecho entre las partes" se ha invertido en el caso de la legislación especial para indicar que "el derecho es el contrato entre las partes".) Dado que los intereses particulares son especiales, tienden a interesarse en sus propios problemas y a tener preocupaciones divergentes. Un resultado es que la legislación especial es heterogénea, diversa y plural, en oposición a la coherencia formal e ideológica del código civil.

Sobre diversos temas del código civil han surgido importantes microsistemas de leyes

particulares: arrendamientos urbanos, arrendamientos rurales, propiedad intelectual, formación y administración de empresas, comercialización y negociación de valores de empresas privadas, en sólo citar algunos. Tales leyes no son meros complementos del código, sino que compiten con él en condiciones ventajosas.

(En efecto, se ha popularizado el nombre de "códigos" para tales microsistemas —como el *Code de Travail* francés—, formalizando así su posición rival.) Los casos se deciden de acuerdo con las disposiciones de la legislación especial, no de acuerdo con las disposiciones del código civil. A medida que crece la legislación especial, el código se convierte más y más en un cuerpo de derecho residual al que se recurrirá sólo cuando no pueda encontrarse alguna disposición más específica en la legislación especial. Si recordamos que una de las funciones de un código civil cuidadosamente redactado, sustantivamente coherente, era la provisión de la certeza en el derecho (véase el capítulo VIII), será evidente que gran parte de la legislación especial obstruye la búsqueda de esa clase de certeza.

Al lado de los microsistemas estatutarios surgen ciertos sistemas igualmente importantes del derecho creado por el juez. El derecho de los daños bajo los códigos de estilo francés es un ejemplo prominente al que ya hemos hecho referencia. Las disposiciones del código son tan rudimentarias y tan vacías de sustancia que los jueces 147

han debido crear el derecho aplicable caso por caso. En consecuencia, el derecho de los daños efectivamente aplicable no se encuentra en el código sino fuera de él, en las decisiones de los tribunales ampliamente difundidas, consultadas y citadas. A través del tiempo, cambia imperceptiblemente la importancia asignada a los hechos y la actitud de los jueces hacia los resultados correctos, y el derecho cambia también. Ningún juez alemán o francés que decida ahora el caso de un accidente automovilístico podrá desatender el fenómeno masivo del automóvil, la inevitabilidad de los accidentes automovilísticos o la existencia de los seguros contra accidentes. A medida que tales consideraciones se incorporan a las decisiones judiciales, el derecho cambia en forma análoga a los cambios introducidos por gran parte de la legislación especial. El nuevo derecho es fundamentalmente diferente en su perspectiva de las premisas y los objetivos del código.

El número y la importancia de los microsistemas creados por la legislación especial y por los jueces nos ayudan a entender algo que a menudo intriga a los juristas del derecho común: por qué las jurisdicciones de derecho civil —en particular Francia, donde está vigente todavía el más viejo de los códigos civiles—

conservan sus antiguos códigos civiles en lugar de sustituirlos por códigos modernos. En el caso de Francia, una respuesta parcial es que los franceses están orgullosos del Código Napoleónico y sentimentalmente atados a él. Es un monumento cultural. Es inevitable que haya cierta resistencia a las propuestas que se formulan para sustituirlo. Aun así, en el siglo XX hubo dos intentos de revisión total. El primero terminó literalmente en nada. El segundo se inició valientemente en 1945, con una comisión distinguida encabezada por un académico respetado y con grandes fanfarrias, discursos confiados, informes periódicos y proyectos parciales. Sin embargo, la comisión se apagó de manera gradual y desapareció de la vista del público. Finalmente, dejó de trabajar por completo y fue abolida en silencio. Desde entonces, se han hecho esfuerzos para enmendar el código por partes y ya se ha revisado, sustituido o simplemente derogado más de la tercera parte de las disposiciones originales. El proceso se sigue de modo que el monumento sea preservado, no reemplazado. Se ha conservado el número original de los artículos del código, de modo que el material nuevo sigue la organización antigua. Después de un periodo de rápida actividad, incluso este proceso ha empezado a frenarse. Mientras tanto, el gran conjunto de microsistemas de derecho legislativo y judicial, fuera de los códigos, permanece sustancialmente libre del proceso de revisión de tales códigos.

Esto se debe al hecho de que el código civil es una expresión coherente de una ideología particular, descrita en el capítulo V. Pero los microsistemas de legislación especial fuera del código expresan sus propias actitudes y sus propios valores, los que a menudo son incompatibles con los del código. El proceso de revisión gradual que acabamos de describir se ha ocupado de las partes fáciles, de los aspectos del código que pueden adaptarse sin grandes dificultades a la vida contemporánea. Todo esfuerzo por incorporar el cuerpo de la legislación especial al código afronta problemas insuperables, el más importante de los cuales puede ser el hecho de que los propios microsistemas tienen a menudo una perspectiva incompatible. Son también voluminosos, de modo que su 148

incorporación en un código civil agrandaría el código hasta un tamaño inmanejable. La solución práctica es el abandono del proyecto de un nuevo código civil para mantener el código anti-

guo en su lugar, con su dignidad histórica y su utilidad como derecho residual.

Resulta significativo que los nuevos códigos civiles del siglo XX hayan sido adoptados en la Unión Soviética y otras naciones socialistas, donde la ideología socialista y los regímenes autoritarios proveyeron la necesaria fuerza unificadora e impulsora; en la Italia fascista, donde operaban un régimen autoritario y una ideología muy diferentes, y en Grecia, donde se necesitaba urgentemente algo que sustituyera a la *Basilica* decimonónica como la fuente principal del derecho civil.

La declinación de la supremacía legislativa, ya comentada en el capítulo V, ha cobrado recientemente una importante dimensión adicional. Recordará el lector que las legislaturas pueden delegar en el ejecutivo el poder de hacer leyes, de modo que es el ejecutivo quien legisla efectivamente por medio de "decretos legislativos". Esta práctica se ha acelerado a un ritmo extraordinario en todo el mundo del derecho civil durante los últimos decenios, por razones que parecen reflejar una incapacidad creciente de los parlamentos representativos para desempeñar los papeles que le asignara la ideología del siglo XIX. Gran parte de la legislación contemporánea no es pues el producto de un parlamento elegido popularmente sino de un proceso menos público conducido en las oficinas del ejecutivo. Lo que algunos observadores consideran el siguiente paso lógico, ocurrió en Francia con la adopción de la constitución de la Quinta República en 1958. La jurisdicción legislativa del parlamento, antes ilimitada, se vio grandemente reducida al transferir al ejecutivo una porción sustancial de ésta y se creó un órgano especial, el Consejo Constitucional, para asegurarse de que el parlamento no se excediera de su jurisdicción ahora restringida. El ejecutivo ejercita su jurisdicción legislativa simplemente mediante "regulaciones". Para dar una idea del efecto de esta alteración constitucional, convendrá señalar que mediante tal regulación se adoptó un nuevo código de procedimientos civiles en Francia. No fue necesario que el parlamento derogara el código antiguo o aceptara el nuevo. La regulación ejecutiva tuvo por sí sola el efecto necesario de derogación y promulgación.

Vemos otro aspecto de la declinación de las legislaturas (y de la legislación, incluidos los códigos) en el crecimiento de las ad-

ministraciones públicas. Las personas que tienen puestos en las administraciones públicas interpretan las leyes, emiten reglas y toman decisiones. Forman la rama más grande del gobierno, cuyo personal y volumen de negocios superan ampliamente los de las ramas judicial y legislativa en conjunto. Es cierto que los funcionarios administrativos están en teoría sujetos al derecho y no pueden legalmente exceder o abusar de la autoridad que se les ha conferido. Pero lo mismo se aplica a los jueces y hemos visto cuán ineficaz es el control legislativo sobre la interpretación judicial. Al interpretar y aplicar las leyes, emitir regulaciones y decidir las disputas, los funcionarios administrativos tienen un espacio irreducible para la elaboración marginal de las leyes. En Francia y en las naciones que siguen el modelo francés, los alegados excesos y abusos del poder administrativo no son juzgados por la legislatura ni por los jueces ordinarios, sino por los miembros de la propia administración pública, 149

reunidos en un consejo de Estado. Para guiarse, el consejo ha desarrollado su propio cuerpo de leyes, en gran medida, independiente de la legislación. En esta forma, el derecho administrativo se ha alejado de su fuente legislativa; es un derecho rival que a menudo afecta las vidas de los ciudadanos de manera más directa y profunda que la legislación o el litigio. De hecho, lo contencioso administrativo ha crecido mucho más rápidamente que el trabajo de los tribunales ordinarios.

Algunos juristas de derecho civil han comparado el resultado del proceso de decodificación y la declinación de la autoridad legislativa con la situación existente en Europa antes de la revolución (examinada en el capítulo III). El derecho —en opinión de estos observadores— es otra vez incierto, complejo, particular y, por lo tanto, inadecuado para las necesidades de certeza, sencillez y uniformidad. Otros contemplan el movimiento con menos alarma: consideran que la evolución de un sistema legal monocéntrico a otro policéntrico es un resultado normal del movimiento hacia una sociedad más compleja, plural y policéntrica. Si las leyes tienen una vida media más breve y se vuelven más rápidamente anticuadas, esto es simplemente un reflejo normal del ritmo creciente del cambio social. En una sociedad "desechable", orientada hacia el consumo, las leyes individuales, o sus interpretaciones prevalecientes, también se vuelven desechables.

Mientras que las legislaturas y los códigos han declinado en todo el mundo del derecho civil, ha crecido la práctica de tratar las constituciones como las fuentes supremas del derecho, al igual que el conjunto de oportunidades para cuestionar la constitucionalidad de los actos legislativos y otros actos oficiales. En Europa, el fenómeno ha asumido la forma de constituciones nuevas que crean tribunales especiales dotados de la facultad de revisión judicial, como ocurre con las "cortes" constitucionales de Austria, Alemania e Italia, el "tribunal" constitucional español y el Consejo Constitucional francés. En América Latina y Japón, influidos por el ejemplo estadunidense, la facultad de revisión reside generalmente en las supremas cortes nacionales, las que en teoría han sido capaces, desde hace largo tiempo, de realizar cierta revisión judicial. Lo nuevo es la medida creciente en que se está ejercitando esa facultad.

En ninguna nación de derecho civil, la revisión constitucional es exactamente como la revisión con la que estamos familiarizados (ni hay en el mundo del derecho civil dos procedimientos de revisión idénticos). Por ejemplo, a través de la "acción popular"

colombiana y la "queja constitucional" alemana, los habitantes de tales países tienen un acceso directo a la revisión judicial que nosotros no disfrutamos. El Consejo Constitucional francés, que preserva la apariencia de una separación de poderes, es un organismo no judicial que puede impedir la promulgación de una ley inconstitucional, pero no puede hacer nada acerca de una ley inconstitucional que ya se haya promulgado.

En el capítulo XVIII se describen otras variantes.

A pesar de estas variaciones, el movimiento hacia el constitucionalismo manifiesta varias características comunes. Por una parte, el nuevo constitucionalismo ha tratado, ante todo, de garantizar y expandir los derechos individuales: derechos al debido proceso legal en materia civil y penal; a la igualdad; a la libertad de asociación, de movimiento, de 150

expresión y de creencia; así como a la educación, el trabajo, la salud y la seguridad económica. Los "antiguos" derechos individuales, que constituían uno de los objetivos de la revolución y recibieron su protección "constitucional" en los códigos civiles —

derechos de personalidad, propiedad y libertad de contrato—, se han alcanzado y consolidado en gran medida en la obra de los tribunales ordinarios que aplican silenciosamente las fuentes y los métodos tradicionales del derecho. Las constituciones son el albergue de los nuevos derechos individuales, y el choque del litigio constitucional es el conducto de su definición y ejecución. El surgimiento del constitucionatismo es, en este sentido, una forma adicional de la decodificación: los códigos civiles ya no desempeñan una función constitucional. Como hemos señalado antes, esa función se ha

trasladado de la más privada de las fuentes del derecho privado —el código civil— a la más pública de las fuentes del derecho público: la constitución.

Es claro que el nuevo constitucionalismo implica una importante transferencia de poder y prestigio a los jueces. Es cierto que estos jueces no son los que integran los tribunales ordinarios (aunque los jueces ordinarios han recibido también una porción de este poder nuevo), pero la distinción misma ha perdido la mayor parte de su importancia.

Para el ciudadano ordinario, y para un número creciente de académicos, las decisiones de los tribunales constitucionales son obra de jueces que tienen poder para declarar inválida la legislación. Hay sólo una nostalgia limitada, que rápidamente declina, por la supremacía legislativa, la separación de poderes y un limitado papel judicial en el proceso legal. Las decisiones constitucionales son a menudo brillantes, de modo que atraen la atención del público y de los medios de difusión como raras veces lo hacen las decisiones de los tribunales ordinarios. En efecto, de acuerdo con la tradición, los jueces ordinarios tienden a evitar el escándalo, a actuar como funcionarios anónimos que aplican obedientemente la voluntad legislativa. En cambio, los jueces constitucionales son a menudo personalidades; sus votos y opiniones son noticia, tema del debate público. Sus decisiones manifiestan un alejamiento de la estructura conceptual y el estilo del academicismo tradicional del derecho civil, empleando términos e ideas poco familiares para la ciencia jurídica (por eso se dice que son poco científicos, lo que en este sentido es cierto). La pérdida de "certeza" que deriva de la decodificación se intensifica así por la pérdida de la estructura lógica de la ciencia jurídica. En

suma, todos los aspectos de la imagen tradicional del proceso legal descritos en el capítulo XII se ven afectados por el crecimiento del constitucionalismo.

El desarrollo de la Unión Europea y el aparato legal de la Convención Europea de Derechos Humanos aceleran el derrumbe del sistema antiguo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede dejar de lado las leyes nacionales que entren en conflicto con el derecho de la Comunidad; el derecho europeo, como la ley federal bajo la Constitución de los Estados Unidos, es supremo. Los tribunales nacionales están obligados a rehusar la aplicación de las leyes nacionales que entren en conflicto con el derecho de la Comunidad; deben referir al tribunal europeo los problemas de interpretación del derecho comunitario. Las leyes nacionales que violen la Convención Europea de Derechos Humanos pueden ser cuestionadas ante la Comisión Europea y el Tribunal de Derechos 151

Humanos. Se ha reducido decisivamente la soberanía interna y externa del Estado. En lo interno, el crecimiento de los derechos humanos y el reconocimiento de los intereses de grupo y de clase transfieren soberanía del Estado a los individuos, los grupos y las clases; en lo externo, el crecimiento de la autoridad del derecho europeo y de la Convención Europea de Derechos Humanos transfiere soberanía del Estado a los organismos internacionales.

Contemplando estos hechos, algunos observadores obtienen una analogía con el periodo medieval, cuando Europa estaba unida por el *jus commune* del derecho civil romano y el derecho canónico. Consideran el derecho de la Unión Europea y de la Convención Europea de Derechos Humanos como el fundamento de un nuevo *jus commune* europeo, basado en la cultura común y los intereses comunes, tras varios siglos de glorificación exagerada del Estado nacional. El hecho de que Gran Bretaña, la madre patria de la tradición del derecho común, sea miembro de la Unión Europea y una de las partes de la Convención, les sugiere la posibilidad, de hecho la necesidad, de un acercamiento de las tradiciones del derecho civil y el derecho común. Aunque ha habido algunas dificultades y decepciones, el federalismo europeo es una fuerza animada y significativa, con algunas consecuencias importantes para los sistemas de derecho civil (y de derecho común) contemporáneos.

El cambio legal, por supuesto, es inevitable y hemos descrito cambios significativos en la tradición del derecho civil a lo largo de este libro. Un observador atento que describiera la tradición del derecho civil en el año 1800 no habría podido prever o percibir la importancia de las características que hemos puesto en el centro de esta tradición. Tampoco la tradición jurídica que aquí representamos es la misma que la publicada en la primera edición (1969) de este libro.

Una tradición es, por definición, algo que tiene continuidad y parece opuesta a la innovación, al cambio. ¿Los cambios en la tradición del derecho civil indican su ocaso?

Claramente no. Como observó Heráclito, los ríos fluyen y nunca nos bañamos dos veces

en las mismas aguas. Aunque la tradición cambia, sigue un patrón, hay una dependencia de la trayectoria. Las fuerzas que alteran las sociedades afectan necesariamente a los sistemas jurídicos, pero en formas que están determinadas por las experiencias anteriores. El cambio es un signo de vida continua.

A pesar de las repercusiones aparentemente drásticas de los movimientos hacia la decodificación, el constitucionalismo y el federalismo, sería incorrecto suponer que la tradición del derecho civil está perdiendo su vitalidad. Por el contrario, es posible que esté más viva que nunca. En este libro hemos debido ocuparnos de grandes progresos del pasado: las diferentes vidas y épocas del derecho romano; las vicisitudes del derecho canónico; el surgimiento independiente, evolución y absorción eventual del derecho mercantil; los hechos fundamentales de la revolución, y la extraordinaria estructura intelectual alcanzada por la ciencia jurídica. Del mismo modo, algún día habrá necesidad de añadir al catálogo una sexta subtradición del derecho civil. No sabemos cómo se llamará o cómo será descrita por los observadores futuros. Pero podemos esperar confiadamente que ésta, la más antigua e influyente de las tradiciones legales de 152

Occidente, haya iniciado una etapa nueva y dinámica de su desarrollo.

153

LECTURAS RECOMENDADAS

SOBRE EL DERECHO CIVIL EN GENERAL

René David y John E. C. Brierley, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Aguilar, Madrid, 1968. Esta obra, que es básicamente una traducción del importante libro de David titulado *Les Grandes Systèmes de droit contemporains*, contiene un análisis de lo que el autor llama "La Familia Romano-Germánica". El profesor David se ocupa de varias de las cuestiones analizadas aquí, pero su énfasis y su punto de vista son muy diferentes.

Mary Ann Glendon, Michael W. Gordon y Christopher Osakwe, *Comparative Legal*

Traditions in a Nutshell, West Publishing Company, St. Paul, 1982. Este volumen incluye un buen análisis de *The Civil Law Tradition*, de la profesora Glendon.

J. H. Merryman y David S. Clark, *Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems Cases and Materials*, Bobbs-Merril, Indianápolis, 1978. Al igual que los libros de Schlesinger y de Von Mehren y Gordley (véase más adelante), este libro está destinado a usarse en los cursos de las escuelas de derecho. Sin embargo, difiere de las dos obras antes mencionadas por cuanto describe los sistemas legales de Italia, España y América Latina, al igual que los de Francia y Alemania.

Lawrence Friedman y Rogelio Pérez-Perdomo (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, UNAM, México, 2003. Se trata de un libro colectivo sobre las transformaciones de las culturas jurídicas y del derecho en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Francia, Italia, México y Venezuela, así como acerca de diversos estudios comparativos.

K. W. Ryan, *An Introduction to the Civil Law*, The Law Book Company of Australasia, Brisbane, 1962. Ésta es una útil reseña de las principales reglas e instituciones del derecho civil, pero se basa casi enteramente en el derecho francés y alemán. El libro incluye una introducción histórica y generalmente descriptiva excelente, pero demasiado breve.

Rudolph B. Schlesinger, *Comparative Law: Cases-Text-Materials*, 4a ed.,

Foundation Press, Mineola, Nueva York, 1980.

Arthur Taylor von Mehren y James Russell Gordley, *The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law*, Little Brown, Boston, 1977. Schlesinger, al igual que Von Mehren y

Gordley, ha preparado su libro para los cursos de las escuelas de derecho, y es probable que el material desconcierte a quienes no están acostumbrados 154

a tales libros de texto. El libro de Schlesinger es el más fácil de los dos, de modo que es el más útil para el lector general. Ambas obras se ocupan exclusivamente del derecho francés y alemán.

Konrad Zweigert y Hein Kotz, *An Introduction to Comparative Law*, trad. al inglés de Tony Weir, 2 vols., North-Holland Publishing Company, Ámsterdam, 1977.

SOBRE LOS ELEMENTOS

DE LA TRADICIÓN DEL DERECHO CIVIL

Derecho romano

F. H. Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan, Ann Arbor, 1953. Este libro delicioso está integrado por un conjunto de conferencias cuyo tema principal es la influencia del derecho romano sobre el derecho civil contemporáneo. Además, el autor ilumina muchos otros aspectos de la tradición del derecho civil con estilo, ingenio y perspicacia. Una lectura esencial.

Hans Julius Wolff, *Roman Law. An Historical Introduction*, University of Oklahoma Press, Norman, 1951. Excelente reseña histórica. El último capítulo, que describe la evolución del derecho civil romano después de la compilación de Justiniano, es particularmente recomendable.

Peter Stein, *El derecho romano en la historia de Europa*, Siglo XXI Editores, México, 2001. Un estudio actualizado y muy completo sobre el tema.

Derecho canónico

A General Survey of Events, Sources, Persons, and Movements in Continental Legal History, Little Brown, Boston, 1912. La parte IX es un análisis de 20 páginas del derecho canónico en la historia legal europea.

John Henry Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems*, Washington Law Book Company, Washington, D. C., 1928. El capítulo XIV de esta reseña ilustrada se ocupa del derecho canónico.

Constant van de Wiel, *History of Canon Law*, Peeters Press, Bélgica, 1991.

Derecho mercantil

W. A. Bewes, *The Romance of the Law Merchant*, Sweet and Maxwell, Londres, 1923.

William Mitchell, *An Eassy on the Early History of the Law Merchant*, Cambridge University Press, Inglaterra, 1904. El libro de Mitchell es el mejor y el más difícil para el lector. La obra de Bewes es más simple y un poco erráticamente romántica. Ambas 155

obras son muy breves.

El papel de los jueces

John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Escuela de Derecho de la Universidad de Michigan, Ann Arbor, 1968. Este libro describe, en rico detalle, el desarrollo de las tradiciones judiciales en Roma, Inglaterra, Francia y Alemania, desde los primeros tiempos hasta el siglo XX. Aunque el estilo de la prosa es eminentemente legible, es posible que este libro resulte difícil para quien no esté familiarizado con el derecho comparado, pero vale la pena el esfuerzo.

Neal Tate y Torbjorn Vallinder (eds.), *The Global Expansion of the Judicial Power*, New York University Press, Nueva York, 1995. Una lectura importante para el análisis del crecimiento de la posición de los jueces en la actualidad.

Abogados

Richard Abel y Philip Lewis (eds.), *Lawyers of the World*, vol. III: *Civil Law Systems*, University of California Press, Berkeley, 1988.

David Clark, "Comparing the Work and Organization of Lawyers Worldwide: The Persistence of Legal Traditions", en John Barceló III y Roger Camton (eds.), *Lawyers'*

Practice and Ideals: A Comparative View, Kluwer Law International, Nueva York, 1999.

Rogelio Pérez-Perdomo, *Latin American Lawyers*, Stanford University Press, California, 2006.

Sobre derecho procesal

Adhémar Esmein, *A History of Continental Criminal Procedure with Special Reference to France*, trad. de John Simpson, Little Brown, Boston, 1913. Es un libro clásico sobre la historia de los procedimientos penales en la Europa continental

John A. Jolowicz, *On Civil Procedure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000. Un buen estudio acerca de los cambios recientes en la perspectiva comparativa

SOBRE EL DERECHO DE NACIONES

O ÁREAS ESPECÍFICAS

156

Además de las obras que se citan más adelante, pueden encontrarse descripciones breves de los sistemas legales nacionales en el volumen I de la *International Encyclopedia of Comparative Law*, J. C. B. Mohr / Mouton, Tubinga / La Haya / París, v. f.

Francia

René David, *French Law: Its Structure, Sources, and Methodology*, trad. al inglés de Michel Kindred, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1972. Este libro excelente, de un notable académico francés, reseña de manera exhaustiva el sistema legal francés en un estilo ameno y autorizado. Una lectura esencial.

F. H. Lawson, E. A. Anton y L. Neville Brown (comps.), *Amos & Walton's Introduction to French Law*, 3a ed., Clarendon Press, Oxford, 1967. Una reseña del derecho privado francés, con una buena (aunque breve) introducción sistémica e histórica.

Alemania

E. J. Cohn, *Manual of German Law*, vol. I., Dobbs Ferry, Oceana Publications, Nueva York, 1968. Los capítulos I y II de esta obra excelente proveen breves introducciones al sistema legal alemán y a la parte general del derecho civil.

Norbert Horn, Hein Kotz y Hans G. Leser, *German Private and Commercial Law: An Introduction*, trad. al inglés de Tony Weir, Clarendon Press, Oxford, 1982. Los primeros capítulos de esta obra amena y autorizada proveen una panorámica histórica y sistémica del derecho alemán.

Italia

Mauro Cappelletti, John Henry Merryman y Joseph M. Perillo, *The Italian Legal System: An Introduction*, Stanford University

Press, California, 1967. Éste es el único libro que existe en inglés sobre el sistema legal contemporáneo de Italia, aunque un poco desactualizado.

Jeffrey S. Lena y Ugo Mattei (eds.), *Introduction to Italian Law*, Kluwer Law International, Nueva York, 2002. Éste es un libro útil que contiene artículos sobre el ordenamiento jurídico italiano elaborados por estudiosos italianos.

México

Guillermo Floris Margadant S., *Introducción a la historia del derecho mexicano*, Esfinge, México, 1999. Como lo indica el título, esta obra de un respetado académico 157

mexicano se concentra en la historia, pero también contiene información sistémica incidental.

América Latina

Ángel Oquendo, *Latin American Law*, Foundation Press, Nueva York, 2006. Una lectura actualizada sobre los cambios en los sistemas jurídicos de América Latina, especialmente diseñada para la enseñanza del tema en las escuelas de derecho estadunidenses.

Kenneth L. Karst, *Latin American Legal Institutions: Problems for Comparative Study*, Centro Latinoamericano de la Universidad de California en Los Ángeles, Los Ángeles, 1966. Aunque destinado a los cursos de las escuelas de derecho, este libro contiene un material rico y fascinante, y está tan bien organizado que resulta muy accesible para los legos.

158

ÍNDICE ANALÍTICO

Abogado gubernamental: 180

abogado interno: 181

abogado: 180-181

académicos: 104-111

acta público: 182

acto fungible: 102

actos ilícitos: 136

actos jurídicos: 135-138, 139

actos legales en el sentido estricto: 136

actos legales: 136, 138; *véase también* actos judiciales actos lícitos: 136

acusados: 220-221

administración pública: 259, 260

Alemania: ciencia jurídica y: 112-114; codificación del derecho: 65-68; Código Civil: 36, 64, 66-67, 113, 124;

discreción judicial y: 100; interpretación de la ley y: 81; jurisdicción administrativa en: 155; juristas y: 106;

negociación de los cargos y: 221-222; poder equitativo de la legislatura: 98; procedimientos civiles en: 192;

procedimientos penales y: 219; profesión legal en: 177; revisión y: 206; revisión administrativa y: 227; suprema corte en: 80-81; tribunal constitucional y: 156, 235-236; tribunales constitucionales y: 196

Allgemeiner Teil: 124

Amalfi: 37

América Latina: abogados académicos en: 185; amparo: 208; estatus del poder judicial en: 188; procedimientos penal y: 219; revisión judicial y: 261; sistema judicial unificado en: 157

amparo: 101, 208

antifeudalismo: 45

apelación: 150, 204, 209, 210

Arabia Saudita: 24

Argelia: 24

aristocracia de las togas: 42

aristocracia judicial: 42, 43

aristocracias: 42; *véase también* aristocracia de los jueces

"artículos de prueba": 197

asesores legales: 181

159

Asia del este: 24

astreinte: 101, 208

Austria: código civil: 86; derecho natural e interpretación judicial: 86-87; y revisión: 206; y procedimientos civiles:

192; y la jurisdicción administrativa: 155

autonomía privada: 138
autonomía, *véase* autonomía privada
barra de abogados: 181-182
Basilica: 30
Beccaria, Cesare: 211-214
Bélgica: 155
Bizancio: 29
Bodino, Juan: 48
Bolonia: 30, 31
Bonaparte, Napoleón: 107, 108, 109
Brasil: 101
Bürgerliches Gesetzbuch (BGB): 99, 245
California: 58, 59, 67
Cámara de la Estrella: 216
cancilleres: 95
Casación: 78-81
Castilla: 215
certeza: 91-94, 97, 145
Chile: 234
China: 23
ciencia jurídica: el mundo del derecho y: 119-122, 141; actitudes críticas hacia la: 247-248; Alemania y: 113-114;
ampliación de su campo de estudio: 168-170; antecedentes históricos: 112; concepto y características de: 114-
119; consecuencias de definir y categorizar el derecho: 158-160; liberalismo y: 146; liberalismo europeo y: 118;
procesos legales y: 145-147
codificación: sistemas de derecho civil y: 58-59; académicos (jurisconsultos) y: 106, 107; en Alemania: 65-67; en Francia: 60-65; ideología y: 60, 67, 68
Código Civil francés de 1804: *véase* Código Napoleónico
código mercantil uniforme: 59, 67
Código Napoleónico: 33, 240-241; enmiendas al: 257-258; equidad del poder legislativo y: 99; formación y carácter del: 60-65;

juristas y: 107, 108, 109

código(s) civil(es): constitucionalismo y: 262-263; desarrollo en Alemania: 36-37; desarrollo en Francia: 60-65; 160

derecho de la parte general y: 140-141; investigadores jurídicos (académicos) y: 105, 106, 107, 110; distinción la ley pública y ley privada y: 162-163; enmendar el: 257; legislación especial y: 253-258; panorama histórico:

32-35; sistemas de derecho civil y: 58; variedad en: 239-242

códigos mercantiles: 172

Colombia: 261 (acción popular)

Comentaristas: 31, 32, 33, 106, 112, 160, 245

Comisión de Estatutos (Prusia): 78

Comisión Europea: 264

condominio, el: 25

conseilleur juridiques: 181

consejo constitucional (Francia): 231-232, 259, 261

Consejo de Estado (Francia): 155

Constitución de Weimar de 1919: 166

constitucionalidad: 56, 235

constitucionalismo: 25, 56, 229, 262-263

constituciones: cambios modernos en la tradición del derecho civil y: 247-250; flexibles y rígidas: 227-229;

revisión judicial y (*véase también* Revisión Judicial): 261; supremacía legislativa y: 227; significado de: 55-57

Convención Europea de los Derechos Humanos: 263-264

Corea: 23-24

Corpus Juris Civilis: derecho anterior y: 28, 59; distinción entre derecho público y derecho privado y: 159, 160; historia y contenido de: 27-30; influencia de: 31-33; jurisconsultos y la preparación de: 106, 107; prohibición de comentarios sobre: 28, 108

Corte de Casación (Francia): 79-80

Corte de Derechos Humanos: 264

corte de justicia: 95, 96

cosa: concepto legal de: 135

costumbre: 54-55

coutumes: 36, 60
daños: 209
De los delitos y las penas (Beccaria): 211-212
deber: 133
Declaración de Independencia de los Estados Unidos: 41, 44, 49
Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: 41, 44
declaraciones de conocimiento: 136
declaraciones: 136
decodificación: 253, 262-265
161
decreto legislativo: 259
Decretum: 34
demanda: 203-204
derecho administrativo: 162, 168, 225
derecho agrario: 169
derecho canónico: 35-37, 245
derecho civil romano: 244, 245; ciencia jurídica y: 119; ciencia jurídica alemana y: 113; derecho anterior y: 28,
59; distinción entre derecho público y derecho privado y: 159, 160; derecho alemán y: 65; distinción entre derecho público y derecho privado y: 159, 160; historia e influencia del: 26-38; juristas y: 105-107; *jus commune* y: 35, 36, 37
derecho civil: como un componente del derecho privado: 171; objeto de: 123-124; parte general de: 124-141;
predominio actual sobre el derecho mercantil: 173-174; tendencia hacia un derecho privado unificado y: 172-
174; terminología: 27
derecho constitucional: 162, 225
derecho de la Comunidad: 263-264
derecho de los daños: 147, 256
derecho internacional: 48, 52
derecho laboral: 169, 254-255
derecho mercantil: debate sobre el: 171-188; desarrollo histórico del: 37-39, 245

derecho nacional: 45-46, 50
derecho natural romano católico: 49, 52, 229
derecho natural secular: 41, 49
derecho natural. *Véase también* derecho natural católico romano; derecho natural secular: derecho objetivo y: 126; interpretación estatutaria y: 86, 87
derecho objetivo: 126
derecho penal: 163
derecho positivo: 125, 126
derecho privado: componentes del: 171-173; ciencia jurídica y: 115-116; distinción entre el derecho público y el derecho privado: 128, 159-171; jurisdicción ordinaria y: 163; "publicitación de": 166, 167; tendencias hacia la unificación en: 173-174
derecho público: ciencia jurídica y: 115-116; componentes del: 162; derechos absolutos: 133; jurisdicción administrativa y: 163; distinción entre el derecho público y el derecho privado: 129, 160-171; la revolución intelectual y: 40-41; "privatización" del: 166, 168
derechos de crédito: 133
derechos de la personalidad: 133
derechos naturales: 46
derechos personales: 133
162
derechos reales: 133
derechos relativos: 133
derechos subjetivos: 128, 129-134
desacato civil: 100-102
descubrimiento: 193
despachos de abogados: 181-182
Digesto: 31, 32, 34, 59, 106, 107, 113
discreción judicial: 96-101
docente privado: 184
doctor en ambos derechos: 35
doctrina de la "jurisprudencia conceptual": 116
Edad de la Razón: 44

ejecutivos: poder legislativo y: 257-260

El espíritu de las leyes (Montesquieu): 42

elaboración del derecho: judicial: 43, 147, 256; positivismo estatal y: 52-53; separación de poderes y: 52-53; soberanía y: 50-52

elaboración judicial: 43, 146, 147, 257

enseñanza del derecho: 120-122; *véase también* profesión legal

equidad: facultad (o poder) del desacato civil y: 100-102; definición de: 128; desarrollo en Inglaterra: 94-96;

derecho civil y: 97; discreción judicial y: 95-100; la legislatura y: 97-99; panorama de: 93-94

erga omnes: 156, 226, 230

Escuela de Derecho de Harvard: 140

escuela histórica (Alemania): 65

España: 223, 235, 236

Estado-nación: 32, 49

Estados Unidos, los: 79; autoridad de la legislación en: 58; ciencia legal y: 114-115, 121; códigos y: 67; constitucionalismo y: 25; demandas en: 203-205; el poder judicial en: 42-44; enseñanza del derecho y: 121;

investigadores jurídicos y: 105; jurisprudencia analítica y: 141; poder de los jueces en: 69; relación de jueces con el derecho: 111; profesión legal en: 175-176; revisión constitucional en: 234; separación de poderes y: 42-

43; sistema constitucional de: 229

estatutos: 53, 54

Estilo Francés: 112

Estilo Italiano: 112

“expansión lógica”: 117

fascismo: 91

163

federalismo europeo: 263-264

federalismo: europeo: 264

Federico el Grande: 63, 77, 78

feudalismo: 42, 44-45

fiscales públicos: 178, 179, 180, 217, 219

Francia: administración pública y: 259-260; aristocracia judicial y: 42, 43; Consejo de Estado: 155; *coutumes:* 36;

codificación del derecho penal en: 214; código civil (*véase* Código Napoleón); codificación del derecho civil en: 60-65; Consejo Constitucional: 223, 231-232, 259, 261; doctrina *astreinte:* 101; efectos de la Revolución en la tradición del derecho civil en: 46-47; elaboración judicial del derecho en: 147; humanistas: 32;

interpretación estatutaria en: 77-81; jurados penales y: 223; jurisdicción administrativa en: 153, 154, 155;

jurisdicción ordinaria en: 151-152; poder de la judicatura en: 189; procedimiento penal y: 218-219; Quinta República: 259; reducción de la autoridad legislativa en: 259; revisión administrativa y: 226; revisión constitucional y: 261; revisión constitucional no judicial y: 231-232; Suprema Corte de Casación: 79, 152, 232;

Tribunal de Conflictos: 156; Tribunal de Casación: 79, 205-206; utopismo y: 47

Gayo: 107

Génova: 38

Glosadores: 31, 32, 33, 106, 112, 160

Graciano: 34

Gran Bretaña: 264

Grecia: 30, 59, 258

gremios: 37

Grocio, Hugo: 48

Hastings, batalla de: 23

hechos legales: 135-136

Heráclito: 265

historia legal: 110

Hobbes, Thomas: 48

Holland, Thomas Erskine: 160

honorarios contingentes por desacato civil: 204

Humanistas: 112

Hungría: 59

ideología: codificación del derecho y: 59, 60, 67-68; distinción entre derecho público y derecho privado: 164

Iglesia Católica Romana: derecho canónico: 34-37, 245

Imperio británico: 23

in personam: 207, 208

164

in rem: 207

Index (jurado romano): 71

Inglaterra: derecho común y: 51-52, 57, 94; jurados civiles y: 202-203; jurisdicción administrativa de las cortes:

154; jurisprudencia analítica y: 141; positivismo estatal y: 51; procedimiento penal y: 215-217; profesión legal en: 176-177; tradición judicial y: 43; tribunales de la corte de justicia y la equidad: 95-96

iniciativas: 56

inocencia: presunción de: 222

institutas: 26, 32, 33, 106, 107

interpretación estatutaria: autorizada: 78; evolutiva: 87; Código Civil italiano y: 84-87; derecho natural y: 86;

judicial: 81-90; precedente y: 89; sistema de casación en Francia: 78-80

interpretación evolutiva: 87-88

interpretación judicial: 81-90

Italia: académicos y: 106; certeza legal en: 91-92; código civil: 84-86, 98, 258; código mercantil: 172; desarrollo del derecho mercantil en: 37-38; discreción judicial y: 100; interpretación estatutaria y: 84-87; jurisdicción administrativa en: 155; jurisprudencia: 109; jurisdicción ordinaria en: 151-152; negociación de los cargos y:

222; poder de la judicatura en: 189; procedimiento penal y: 219, 220; Suprema Corte de Casación: 152-153,

155; tribunal constitucional y: 156, 235-236

Japón: 23, 24, 235, 261

jueces “ordinarios”: 151

jueces constitucionales: 262-263

jueces de audición: 191, 197-199

jueces de instrucción: 191; *véase también* jueces de audición
jueces examinadores: 219
jueces: *véase también* poder judicial; aplicación de "la ley" y: 55; certeza y: 91-93; constitucionalismo y: 262-263; decisiones anteriores y: 147-148; distinciones entre derecho civil y derecho común: 186-189; en el derecho civil mundial: 70-75; el proceso legal y: 144-145, 147-149; elaboración de leyes: 43, 147; en los procedimientos civiles: 190-192, 195-197; en el mundo del derecho común: 69-70; equidad y: 93-94; estatus y:
187-189; interpretación estatutaria y: 81-50; relación con la ley en los Estados Unidos: 111; romanos: 71;
trayectoria de la carrera de: 176-179; tribunales constitucionales y: 75, 263
juicios civiles: 192
juicios: 192, 220-221
jurados civiles: 191, 202, 203
jurados: procedimientos civiles y: 191-192, 200, 203, 205; procedimientos penales y: 217, 222-224
Juramento decisorio: 201, 203
Juris Utriusque Doctor (JUD): 35
jurisconsultos: 105, 106, 107
jurisdicción administrativa: 155, 163
165
jurisdicción ordinaria: 151-153, 155, 163
jurisdicciones: administrativa: 154-155; constitucional: 156; ordinaria: 150-154, 155; unificada: 157
jurisprudencia: 83
juristas académicos: 184-187
juristas del derecho civil: 57
juristas del derecho común: 57
juristas: ampliación de su campo de estudio: 169; discusión de: 105-111; proceso legal y: 142, 145, 148-149;
resistencia al cambio: 148-149
jus commune: autoridad de rechazar: 46, 49-50; codificación francesa del derecho y: 60; definición de: 32, 33;

desarrollo de la jurisdicción ordinaria y: 151; desarrollo del constitucionalismo y: 229-230; distinción entre derecho público y derecho privado y: 160; formación: 32, 33, 35-36; influencia de: 37; reemergencia: 264;

surgimiento de la Estado-nación y: 32, 49-50

Justiniano: 23, 26, 27, 28, 29, 59, 60, 106-108, 109, 113

"la doctrina": 142

Landrecht: 63

legalidad: 214

legislación especial: 253-258

legislación: como ley: 54, 58; derecho de la parte general y: 139-141; el proceso legislativo y: 143; "especial":

254-259; revisión constitucional: 227-237; validez formal y sustantiva: 232; legisladores: dogma de infalibilidad y: 104; el proceso legal y: 143

legislatura: declinación de la supremacía de: 258-259; dogma de infalibilidad y: 104; poder de: 53-55; poder equitativo y: 98; interpretación estatutaria en Francia y: 79

Lenin, Vladimir: 165

les grands arrêts: 155

ley socialista: 20

Líbano: 24

liberalismo europeo: 118, 119, 162

liberalismo: 118, 162

libertad: individual: 44

lógica: ciencia jurídica y: 117

Maine, sir Henry: 45

mandado de segurança: 101

mandamus: 44, 154

Marbury v. Madison: 234

México: Constitución de: 166; procedimiento de amparo: 101; revisión judicial y: 56

166

microsistemas estatutarios: 254-257

microsistemas: 254-257, 258

Montesquieu: 42, 43
mos gallicus: 112
mos italicus: 112
multa por desacato: 208
mundo islámico: 24
Mussolini, Benito: 91
nacionalismo: 46, 47
naciones de derecho civil: 20
negociación de los cargos: 221-222
norma legal: 126-129, 135
normas: 126, 127; *véase también* norma legal notario público: 182
notarios: 182-183
nulla poena sine lege: 212
nullum crimen sine lege: 212
obligación: 134
operaciones: 136
opinión: judicial: 206-207
orden legal: 125-128
Pandectistas: 113, 162
Pandekten: 113
partes: 130
pays de droit coutumier: 36
pays de droit écrit: 36
pena de muerte: 214
Pisa: 38
poder judicial: *véase también* jueces: aumento de facultades del: 189; certeza y: 91-92; como una profesión legal: 176-178, 189; distinción entre derecho civil y derecho común: 186-189; elaboración de leyes y: 43, 146, 147, 257; equidad y: 94; estatus y: 188, 189; interpretación estatutaria y: 81-90; separación de poderes y: 42-43
poder legislativo: 52-54
Portalis, Jean-Étienne-Marie: 64

positivismo estatal: 52-55
167
positivismo legislativo: 53-55
positivismo. *También* positivismo legal; positivismo de Estado
positivistas legales: 49
Pothier, Robert: 107
Praetor: 71
precedente: 89, 90
príncipe: 50
procedimiento civil: apelación por: 204-205; daños y: 209; diferencias entre el sistema de derecho civil y las tradiciones de la ley común: 191-210; ejemplo de: 198-199; introducción al: 190-191; opiniones en las jurisdicciones y: 206-207; problemas de concentración, inmediación y oralidad en: 192-197; procedimientos de ejecución: 207; pruebas y: 194-195, 199-201, 202; sistema de prueba legal y: 200; etapas en: 191
procedimiento penal: juicios y: 220; jurados y: 222-223; malentendidos sobre: 222-224; negociación de los cargos y: 221-222; partes básicas: 219; reforma de: 217-218; sistema acusatorio: 215-217; sistema inquisitorial: 214,
215, 216, 217, 218; tradición legal revolucionaria y: 213; tradiciones comparadas de derecho civil y derecho común: 213-218; y el *Tratado de los delitos y las penas* de Cesare Beccaria: 211-214
profesión legal: abogados: 180-182; abogados académicos: 184-186; abogados gubernamentales: 180; distinción entre el derecho civil y el derecho común en el poder judicial: 186-189; en el derecho civil mundial: 175-177; en los Estados Unidos: 175; fiscales públicos: 178-180; jueces: 177-178; notarios: 182-183
profesores de derecho: 184-187; *véase también* juristas propiedad privada: 45
propiedad: derecho de propiedad: 45
prueba legal: 199-201
pruebas: 194-196, 199-203
Prusia: 63, 77
quo warranto: 44, 154
racionalismo: 44, 61; "lógicamente formal": 118

realistas legales: 121, 122
recepción: 33
Rechtsgeschäft: 135
Rechtsstaat: 168, 237
"recurrido": 80
recurso de casación: 205-206
Referendarzeit: 177
referéndum: 56
régimen nazi: 100
168
regla de "oídas": 200
reglas de exclusión: 199, 200, 201
regulaciones administrativas: 54
regulaciones ejecutivas: 259
regulaciones: 54, 55, 259, 260
relación legal: 129-135
Renacimiento: 30
repreguntas: 197, 220-221
revisión administrativa: 226, 227
revisión constitucional: 227-237-261
revisión directa: 236
revisión incidental: 236
revisión judicial: 25, 56, 230-231, 232-235, 261
revisión: 80, 205
Revolución francesa: 42, 43, 47, 61, 64
revolución inglesa: 51
revolución intelectual: 40-47
Sacro Imperio Romano: 49
sanciones: 127
Savigny, Friedrich Karl von: 64, 65, 66
separación de poderes: Código Civil alemán y: 67; elaboración de leyes y: 53; en Francia: 46, 47; la revolución intelectual y: 42-43; poder judicial ordinario y: 151; y jueces en la tradición del derecho civil: 72

Siete Partidas: 215
sistema "dispositivo": 196
sistema acusatorio: 215-216
sistema de derecho civil: 27
sistema inquisitorial: 214, 215, 217
sistema legal nacional: 19, 33, 46-47, 50
sistema legal: 19-20
sistema señorial:
Sistema tribunal. *Véase también* jurisdicciones: del mundo del derecho civil: 157
sistemas del derecho común: 19
situación de hecho modelo: 127, 135
soberanía absoluta: 50-52
soberanía: 48-53
169
Sohm, Rudolph: 114, 121, 122
Stare decisis: 89, 237, 230; certeza y: 92, 97; tradición del derecho civil y: 53; tradición del derecho común y:
69; rechazo alemán: 100; separación de poderes: 72; significado de: 53
sucesión: 134
Sudáfrica: 59
Suiza: 19, 88, 172, 206
Suprema Corte de Casación (Francia): 152, 232
Suprema Corte de Casación: 79, 80, 152-153, 155, 206
"supremacía judicial": 69
terceros: 130
testimonio: 201, 202
The restatement of the Law: 121, 141
titulares: 134
título derivado: 134
título original: 134
títulos: 134
Toscana: 214

tradición del derecho civil: cambios modernos en: 247-249; críticas: 243-244; está en constante transición: 245-246; examen crítico de la: 244; panorama general de la: 20-25; perspectiva comparada de la: 249-250;
perspectivas sobre la variedad de: 239-240; y actitudes críticas hacia la ciencia jurídica: 247-248
tradición del derecho común: certeza y: 91-93; ciencia jurídica y: 119-121, 141; códigos y: 68; desacato civil y: 99; doctrina del *stare decisis:* 53; elaboración de las leyes y: 43; Inglaterra y: 51, 57, 94; origen del derecho y: 55-57; panorama de: 20-21, 22-25; perspectiva comparativa acerca de la: 249-252; procedimientos civiles y: 191, 196, 198-200, 202-205, 207-209; sistema judicial del: 151; tradiciones legales: 19-25
Triboniano: 27
tribunal de apelación: 205, 209, 210
Tribunal de Casación (Francia): 79, 205
Tribunal de Conflictos (Francia): 156
Tribunal de Justicia de la Unión Europea: 263-264
tribunal suprema: 81, 150
tribunales administrativos: 154-155, 163, 164, 189
tribunales constitucionales: 74-75, 156, 189, 235-236
tribunales eclesiásticos: 34, 45, 152
tribunales internacionales: 189
tribunales mercantiles: 152, 245
tribunales ordinarios: 151-153, 155, 163, 234
170
tribunales reales: 34
tribunales señoriales: 34
tribunales supranacionales: 75
tribunales: para revisión constitucional: 261
Turquía: 24
Unión Europea: 263, 264
Unión Soviética: 258

utopismo: 47, 60
validez formal: 232
validez sustancial: 232
Venecia: 38
Venezuela: 101, 231, 236
Weber, Max: 118
Willenstheorie: 131
XII Tablas: 21
Yemen: 24

171

* Hay edición en español del FCE. [E.]: Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, ed. facs. de la ed. princ., trad. de Juan Antonio de las Casas, FCE, México, 2000 (Política y derecho).

172

Si bien los sistemas jurídicos que tienen como fuente el derecho civil romano, el derecho canónico y el derecho mercantil difieren considerablemente de país a país —por diversas razones históricas y culturales—, es posible rastrear los fundamentos de las fuentes que comparten. En este libro, John Merryman analiza la tradición de derecho civil que impera en Europa occidental y América Latina, para brindar al lector una visión panorámica y profunda de sus sistemas legales, que contrasta con los sistemas del mundo angloestadunidense. Escrita en un lenguaje accesible para cualquier lector interesado en el tema, la obra es esencial para entender las bases del derecho civil, así como su relación con el derecho común que impera en Gran Bretaña y lo que fueron sus colonias.

Esta nueva edición —en la que Rogelio Pérez-Perdomo se incorpora como coautor— analiza los cambios en el derecho civil tras la caída del sistema socialista y sus implicaciones en las naciones que formaron parte de este régimen; explica, además, las transformaciones —la *judicialización, constitucionalización* y *decodificación*— del derecho civil derivadas del nuevo orden mundial.

John Henry Merryman se ha especializado en el derecho comparado vinculando su estudio con los sistemas normativos con la cultura y la sociedad, particularmente en Italia y América Latina. Entre sus obras destaca *Law in Radically Different Cultures* (1983).

Rogelio Pérez-Perdomo, especialista en sociología del derecho y en derecho comparado, es doctor en derecho por la Universidad Central de Venezuela y magíster en leyes por la Universidad de Harvard. También es autor de *Latin American Lawyers. A Historical Introduction* (2005).

www.fondodeculturaeconomica.com

173
174

Índice

Prefacio a la tercera edición
9
Prefacio a la segunda edición
10
Prefacio a la edición original
11
I. Dos tradiciones legales
13
II. Derecho civil romano, derecho canónico y derecho mercantil
17
III. La revolución
25
IV. Las fuentes del derecho
30
V. Los códigos y la codificación
36
VI. Los jueces
42
VII. La interpretación de los estatutos
47
VIII. Certeza y equidad
55
IX. Los académicos
62
X. La ciencia jurídica
67
XI. La parte general
73
XII. El proceso legal
83
XIII. La división de la jurisdicción
88

XIV. Las categorías legales
93
XV. Las profesiones legales
102
XVI. El procedimiento civil
111
XVII. El procedimiento penal
122
XVIII. Revisión constitucional
130
XIX. Las perspectivas
138
XX. El futuro de la tradición del derecho civil
146
Lecturas recomendadas
154
175

Document Outline

- Prefacio a la tercera edición
- Prefacio a la segunda edición
- Prefacio a la edición original
- I. Dos tradiciones legales
- II. Derecho civil romano, derecho canónico y derecho mercantil
- III. La revolución
- IV. Las fuentes del derecho
- V. Los códigos y la codificación
- VI. Los jueces
- VII. La interpretación de los estatutos
- VIII. Certeza y equidad
- IX. Los académicos
- X. La ciencia jurídica
- XI. La parte general
- XII. El proceso legal
- XIII. La división de la jurisdicción
- XIV. Las categorías legales
- XV. Las profesiones legales
- XVI. El procedimiento civil
- XVII. El procedimiento penal
- XVIII. Revisión constitucional
- XIX. Las perspectivas
- XX. El futuro de la tradición del derecho civil
- Lecturas recomendadas

ÍNDICE

Prefacio a la tercera edición	4
Prefacio a la segunda edición	5
Prefacio a la edición original	5
I. Dos tradiciones legales	7
II. Derecho civil romano, derecho canónico y derecho mercantil	13
III. La revolución	23
IV. Las fuentes del derecho	29
V. Los códigos y la codificación	37
VI. Los jueces	45
VII. La interpretación de los estatutos	51
VIII. Certeza y equidad	62
IX. Los académicos	73
X. La ciencia jurídica	80
XI. La parte general	89
XII. El proceso legal	106
XIII. La división de la jurisdicción	113
XIV. Las categorías legales	120
XV. Las profesiones legales	135
XVI. El procedimiento civil	149
XVII. El procedimiento penal	168
XVIII. Revisión constitucional	178
XIX. Las perspectivas	188
XX. El futuro de la tradición del derecho civil	199